



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

PAULO GUSTAVO LIMA E SILVA RODRIGUES

**OS EFEITOS DA SOBERANIA DOS VEREDITOS NA DEFINIÇÃO DO MOMENTO
INICIAL DE CUMPRIMENTO DAS PENAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DO
JÚRI**

Maceió
2018

PAULO GUSTAVO LIMA E SILVA RODRIGUES

**OS EFEITOS DA SOBERANIA DOS VEREDITOS NA DEFINIÇÃO DO MOMENTO
INICIAL DE CUMPRIMENTO DAS PENAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DO
JÚRI**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas
para fins de obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa

Maceió
2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

R685e Rodrigues, Paulo Gustavo Lima e Silva.

Os efeitos da soberania dos vereditos na definição do momento inicial de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri / Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues. – 2018.

122 f.

Orientadora: Elaine Cristina Pimentel Costa.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 116-122

1. Soberania dos vereditos. 2. Tribunal do Júri. 3. Cumprimento de pena. 4. Ponderação. 5. Presunção de culpabilidade. I. Título.

CDU: 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



PAULO GUSTAVO LIMA E SILVA RODRIGUES

“OS EFEITOS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NA DEFINIÇÃO DO MOMENTO INICIAL DE CUMPRIMENTO DAS PENAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. ELAINE CRISTINA PIMENTEL COSTA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: aprovado com 10,0 Assinatura:

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Julgamento: aprovado com 10,0 Assinatura:

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira (convidado externo/UFMG)

Julgamento: aprovado com 10,0 Assinatura:

Maceió, 11 de junho de 2018.

Prof. Dr. George Sarmiento
FDA/UFAL
george_sarmiento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

AGRADECIMENTOS

Não poderia iniciar por outros que não minha família. Este Mestrado não teria sido possível sem o auxílio e o apoio incondicional de minha mãe Heliana, meu pai Homero e meu irmão Bruno, todos Mestres e que me fizeram acreditar desde cedo no poder da leitura, do estudo e da dedicação aos seus objetivos como instrumento para construção do caráter e de uma vida digna. A eles o meu amor, minha devoção e meu agradecimento.

Igualmente, minha querida orientadora Elaine Pimentel, que, mesmo discordando de minhas conclusões teóricas, manteve uma postura respeitosa e ética em sua orientação, como é próprio de sua índole. Por todo o seu conhecimento e o seu carinho, eu agradeço. Você é uma inspiração de vida para todos aqueles que têm o prazer do seu convívio.

À turma 12 do Mestrado em Direito da Ufal. Por vezes, as únicas pessoas que realmente compreendiam minhas angústias, por delas também compartilharem. A dedicação e o sucesso de cada um inspiraram todos os outros a também buscar seu melhor, e, por isso, estou certo de que deixamos nossa marca no Programa.

Não poderia também deixar de agradecer aos amigos que mais me estimularam a ingressar na Pós-Graduação: Bruno, Amanda, Manoel, Juliana, Isaac, Thiago e Willaine, além de todos os outros amigos deste grupo maravilhoso que revolucionou minha formação acadêmica e pessoal desde o já longínquo ano de 2005.

A toda equipe da Vara Única da Comarca de Quipapá, pelo incondicional apoio que me deram e pela maneira graciosa com que lidaram com todos os meus horários completamente desarranjados, em especial os Magistrados que passaram durante meu Mestrado: Marcelo Góes, Gabriel Castro Pinto e Raphael Calixto, e meu amigo Alexandre. Não teria chegado ao fim sem a ajuda de todos.

À SEUNE, na figura dos queridos Basile e Claudemir, pela confiança em mim depositada e por me permitirem percorrer desde já um outro nível de desenvolvimento pessoal e acadêmico que surge na docência.

Por fim, talvez o mais importante agradecimento, à minha esposa Débora. Conhecendo-me como nenhum outro, certamente sabe que escrevo estas palavras com olhos marejados. Assim estou pela recordação da sorte que tenho em compartilhar minha vida com você e de todo o seu apoio na manutenção da minha sanidade durante os momentos mais estressantes deste percurso. Com você em especial compartilho esta vitória. Amo-te demais e sempre mais.

RESUMO

O Tribunal do Júri se apresentou na história como importante instrumento de consolidação de processos democráticos, por se mostrar uma tribuna à qual o povo é convocado para discutir e julgar diretamente fatos ocorridos em sua comunidade. Com a intenção de fortalecer a instituição após um período ditatorial, o constituinte brasileiro resgatou a soberania dos vereditos e ergueu a instituição e suas características ao patamar de cláusula pétrea fundamental. O presente trabalho pretende investigar de que forma a soberania dos vereditos impacta no procedimento legal dos crimes dolosos contra a vida a ponto de redefinir o momento inicial de cumprimento da pena. Discutir-se-á a possibilidade de formação de coisa julgada parcial em relação à culpa do réu ante a natureza subjetivamente complexa da sentença condenatória do procedimento do júri. A partir de uma hermenêutica constitucional fundada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, propor-se-á também uma ponderação principiológica apta a justificar a execução imediata de penas não transitadas em julgado a partir de marcos na primeira ou na segunda instância. Ademais, considerando a necessidade de se justificar tamanha ruptura com um precedente doutrinário e jurisprudencial estabelecido, buscar-se-á legitimar as construções teóricas do trabalho com base numa perspectiva supralegal de política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania dos vereditos; Tribunal do Júri; Cumprimento da Pena; Ponderação; Presunção de não culpabilidade

ABSTRACT

Jury trials have presented themselves in history as an important instrument for the consolidation of democratic processes, because they are a tribunal for which the people are summoned to discuss and directly judge facts that have occurred in their community. With the intention of strengthening the institution after a dictatorial period, the Brazilian Constituent Assembly rescued the sovereignty of the verdicts, and raised the institution and its characteristics to the level of a fundamental clause. The present work intends to investigate how the sovereignty of the verdicts impacts on the legal procedure of the intentional crimes against the life to the point of redefining the initial moment of compliance to the sentence. It will be discussed the possibility of forming a partial claim preclusion in relation to the criminal responsibility of the defendant, in face of the subjectively complex nature of the condemnatory sentence of the Jury procedure. From a constitutional hermeneutic based on Robert Alexy's theory of fundamental rights, a balancing of principle will also be proposed to justify the immediate enforcement of sentences pending appeals from the first or second instance marks. In addition, considering the need to justify such a rupture with a established doctrinal precedent and established jurisprudence, this dissertation will seek to legitimize its theoretical constructions from a supralegal perspective of criminal policy.

KEY-WORDS: Verdict sovereignty; Trial by a Jury; Immediate enforcement of sentence; Balancing; Presumption of innocence.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1:	Apelações interpostas contra sentenças de Tribunal do Júri do Estado de Alagoas entre 2013 e 2017 divididas por Comarca de origem.....	83
Gráfico 2:	Provimento de apelações interpostas em face do Tribunal do Júri nos anos de 2013-2017 no Tribunal de Justiça de Alagoas	84
Gráfico 3:	Apelações criminais interpostas no Tribunal de Justiça de Alagoas em face de condenações de Tribunal do Júri	84
Gráfico 4:	Resultado dos novos julgamentos dos processos em que as condenações foram anuladas pelo TJ/AL entre 2013 e 2017	85
Gráfico 5:	Recorribilidade das apelações do júri no Tribunal de Justiça de Alagoas – 2013-2017	88
Gráfico 6:	Provimentos de Recursos Especiais interpostos em face de apelações de Tribunal do Júri oriundas do Estado de Alagoas – 2013-2017	88
Gráfico 7:	Provimentos de Recursos Extraordinários interpostos em face de apelações de Tribunal do Júri oriundas do Estado de Alagoas – 2013-2017	89

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: DELIMITANDO O CONTEÚDO NORMATIVO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS	14
2.1. O Tribunal do Júri como Instrumento Histórico de Consolidação da Democracia	15
2.1.1. A dupla face da representação popular no Tribunal do Júri: um ambiente de reprodução dos conflitos sociais e de educação em direitos humanos.....	20
2.2. O Posicionamento Constitucional do Tribunal do Júri: um Direito-garantia de Dúplice Aspecto	26
2.3. A Competência Constitucional do Júri: a Proteção da Vida como Elemento Consensual de Funcionalidade do Direito Penal	28
2.4. Razões e os Reflexos da Opção Constituinte pela Soberania dos Veredictos: Extraíndo seu Conteúdo Normativo	30
3. O REFLEXO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS NO MODELO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E NA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA	36
3.1. A Decisão de Pronúncia e a Soberania dos Veredictos: um Instrumento de Controle Judicial Prévio	36
3.2. O Sistema Recursal como Controle Posterior e o Limite da Devolutividade Recursal em face das Condenações impostas pelo Tribunal do Júri.....	40
3.3. Redefinindo o Trânsito em Julgado Penal a partir da Soberania dos Veredictos: a Coisa Julgada Parcial no Tribunal do Júri	43
3.3.1. A coisa julgada parcial a partir da confirmação da condenação em segunda instância	48
4. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS COMO FUNDAMENTO PARA FINS DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DAS PENAS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO	52
4.1. Breve Análise e Crítica das Razões de Decidir do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP e MC/ADC 43/44.....	53

4.2. Prisão antes do Trânsito em Julgado como Possibilidade Constitucional: uma Premissa Necessária	55
4.3. Fundamentos Constitucionais para Execução Antecipada de Penas não Transitadas em Julgado	58
4.3.1. O delineamento do conflito entre normas fundamentais: os princípios e suas dimensões de peso	58
4.3.2. Solucionando o conflito: a execução provisória da pena como resultado proporcional de um sopesamento de direitos fundamentais	65
4.3.3. A precedência condicionada (lei da colisão): as razões recursais como objeto de análise para eventual efeito suspensivo da execução.....	73
4.4. Compatibilizando os artigos 283 e 597 do Código de Processo Penal: uma nulidade parcial sem redução de texto	75
5. A INSINDICABILIDADE DAS CONDENAÇÕES DO JÚRI NOS TRIBUNAIS: UM ESTUDO DOS RECURSOS INTERPOSTOS EM FACE DE CONDENAÇÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI EM ALAGOAS	81
5.1. Metodologia	81
5.2. Apelações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas em face de condenações impostas pelo Tribunal do Júri	82
5.3. Recursos especiais e extraordinários interpostos em face dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas	87
6. A LEGITIMIDADE SUPRADOGMÁTICA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL	91
6.1. Legitimando Propostas de Reformulação Processual em Tempos de “Crise” do Sistema Penal	92
6.2. Reconhecendo os Efeitos Político-Criminais das Decisões Judiciais	95
6.3. A Funcionalidade do Início Célere do Cumprimento da Pena como Instrumento Preventivo	98
6.4. A Execução Antecipada da Pena como Resposta a uma Exigência de Fortalecimento da Segurança Subjetiva e sua Relação com a Dissuasão Coletiva	101

6.5.	A potencialidade autoritária e abusiva de sua aplicação	103
6.6.	A (in)eficácia da pena como instrumento de dissuasão coletiva	106
7.	CONCLUSÃO	112
	REFERÊNCIAS	116

1. INTRODUÇÃO

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do momento inicial de cumprimento da pena, proferida no HC 126.292/SP e reforçada nas MC-ADC 43 e 44, observou-se uma proliferação de estudos acadêmicos e decisões judiciais reforçando ou rechaçando o novo paradigma estabelecido. Tais divergências podem ser tidas como frutos da abertura hermenêutica conferida pelo STF à sua decisão, na qual estabeleceu tese de veras ampla, sem preocupação com a fixação de condições ou limites à sua adjudicação judicial.

Um dos efeitos visíveis do precedente firmado é o entendimento acerca da possibilidade de execução imediata de penas oriundas de condenações do Tribunal do Júri, ante a norma constitucional da soberania dos veredictos, e é sobre este conteúdo que se debruça o presente trabalho.

Das diversas formas de participação popular no complexo universo jurídico, o Tribunal do Júri talvez seja a mais aberta e invasiva delas, permitindo que a sociedade, idealmente representada por seus vários segmentos, ingresse ativamente numa das funções essencialmente estatais, imiscuindo-se no papel de julgador para decidir o destino de um de seus pares.

Tido, na história, como uma instituição necessária à consolidação de uma democracia, o júri guarda diversas peculiaridades constitucionais que lhe conferem um complexo sistema de normas procedimentais distintas das demais, justificando a adoção de paradigmas hermenêuticos que venham a gerar conclusões igualmente distintas acerca do cumprimento da pena.

Não se deve olvidar que o procedimento do júri possui muito mais garantias que o ordinário, com duas fases de produção de provas, além de um duplo grau de jurisdição interlocutório, fundamentação e devolutividade recursal restritas. Entretanto, a despeito de toda a solidez que a Constituição buscou imprimir às decisões do Tribunal do Júri, e de toda a complexidade – e duplo grau de análise – que a lei impõe ao procedimento como forma de garantir a seriedade da decisão final, o sistema de justiça criminal vem mitigando sua importância, permitindo que o cidadão permaneça em liberdade mesmo quando condenado por veredito soberano.

Para tanto, colocam-se à sua disposição incontáveis recursos – incluindo, em tese, sucessivas interposições de Apelação – como se a dizer que, embora o júri seja o Juiz natural da causa e suas decisões sejam soberanas por força constitucional, elas só podem ser executadas

se houver concordância dos Magistrados togados, como se a condicionar a soberania ao “acerto” dos jurados¹.

Necessário, portanto, que a questão seja abordada detalhadamente, através de uma hermenêutica constitucional clara e com premissas teóricas estabelecidas, para restringir ao máximo eventuais distorções e abusos decorrentes da tese fixada.

Inicialmente, trabalhando-se com a soberania dos vereditos como elemento constitucional apto a fundamentar a definição de um sistema processual diverso, imprescindível que se extraia todo o seu conteúdo normativo, através da compreensão do seu papel, intrinsecamente ligado à própria ideia da instituição do júri, como instrumento histórico e cultural de consolidação da democracia, a superar uma mera revisão legislativa.

Somente com esta premissa, estabelecida no primeiro capítulo, passar-se-á à análise dogmática acerca dos diversos impactos que a soberania possuiria no microcosmo processual do Tribunal do Júri, e de que forma isso poderia impactar na formação da coisa julgada e no momento inicial de cumprimento de pena.

Estas conclusões serão reforçadas, igualmente, com um processo interpretativo fundamentado na teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy, estruturada através de uma proposta de solução de conflitos por técnicas de ponderação e proporcionalidade, esmiuçando-se, no terceiro capítulo, as normas constitucionais principiológicas que se mostram relevantes à discussão do tema proposto, suas dimensões normativas e em que condições poderia haver a precedência de algumas delas em detrimento da presunção de não culpabilidade, norma constitucional em mais óbvio conflito com a tese que se pretende construir.

Em uma perspectiva mais empírica, visando evidenciar a construção dogmática de que a soberania dos vereditos conferiria uma imutabilidade à decisão dos jurados que possibilitaria a formação de marcos preclusivos distintos e a antecipação do cumprimento da pena, realizou-se uma pesquisa nos acórdãos relativos às apelações do júri no Tribunal de Justiça de Alagoas, entre 2013 e 2017, para se verificar de que forma a jurisprudência local trata a matéria.

Estendeu-se, ainda, a análise de dados para os recursos especiais e extraordinários eventualmente interpostos em face dos acórdãos locais, de modo a se averiguar a quantidade de réus que efetivamente poderiam ser afetados ou prejudicados pela fixação de uma tese que estabeleça momentos distintos de cumprimento de pena.

Por fim, no último momento do trabalho, ciente de que uma ruptura tão brusca com certo consenso doutrinário e jurisprudencial afeta a segurança jurídica e desestabiliza o sistema,

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 15.

mostrou-se necessária a fundamentação da tese para além de sua razão de ser dogmática, justificando-a sob uma perspectiva político-criminal de funcionalidade da pena, ainda sob a égide de um referencial de Alexy acerca do ônus argumentativo que se impõe àquele que pretende uma ruptura com o precedente.

2. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL: DELIMITANDO O CONTEÚDO NORMATIVO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS

Para que se possa defender uma tese que sustente a possibilidade de marcos diferenciados de início de cumprimento da pena nos procedimentos do júri, em razão da previsão constitucional da soberania dos vereditos, é necessário que se estabeleça qual a extensão e a profundidade de seu conteúdo normativo, para além de sua mera definição gramatical.

Mesmo sem pretensões de um longo esboço histórico, não se pode ignorar o fato de a soberania dos vereditos, no Brasil, ter sido limada do ordenamento jurídico durante os períodos constitucionais do Estado Novo e do regime militar, e ter sempre retornado durante os períodos de redemocratização. Esta contextualização é imprescindível, afinal, já dizia Bobbio, os direitos do homem são direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”².

Tanto o Tribunal do Júri quanto sua soberania são elementos que sempre estiveram ligados à ideia de consolidação da democracia e de resistência ao Estado, sendo essencial que se construa tal vínculo cíclico de forma detalhada para demonstrar a força histórica por trás da opção constitucional de conferir imutabilidade às decisões populares e, com isso, abstrair toda a sua essência normativa.

Serão abordados neste capítulo a contextualização histórica deste direito-garantia assim como as razões e reflexos da escolha do Constituinte pela soberania dos vereditos, buscando extrair a normatividade fundamental a ela ínsita. Tais discussões mostram-se imprescindíveis à construção de qualquer tese que envolva ponderação principiológica, já que fornecem a dimensão de peso deste direito fundamental, para além de seu conteúdo meramente normativo, alcançando igualmente seu peso histórico e cultural.

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

2.1. O Tribunal do Júri como instrumento histórico de consolidação da Democracia

Jeffrey Abramson inicia sua obra *We, the jury* com a afirmação de que “o julgamento pelo júri representa o melhor da democracia e o pior da democracia”³, e que ele continua a nos atrair e a nos repelir justamente por expor a amplitude dos vícios e virtudes democráticos.

Há aqueles, como Adel El Tasse, que chegam a afirmar que “os críticos do Tribunal do Júri são críticos da própria democracia”⁴, e que, “por detrás dos argumentos retoricamente insinuantes das razões contrárias à atuação popular na administração da justiça, esconde-se o germe do autoritarismo”⁵. A despeito de seu extremismo, essas são afirmações que guardam certo grau de coerência com o processo histórico de construção e consolidação do júri.

De fato, muitos dos argumentos contrários à instituição do júri sempre esbarram naquilo que se identifica como controverso no próprio processo democrático. Da mesma forma que se costuma expressar indignação pelo fato de se depositar tamanha responsabilidade nas mãos de pessoas leigas, também elas são as responsáveis por eleger os representantes que nortearão o caminho da nação em seus aspectos mais profundos, inclusive político-criminais.

Da mesma forma que se deseja que os jurados sejam mais qualificados, também se deseja que o sejam aqueles que votam. Como, eventualmente, verificam-se júris malformados com prevalência de determinado gênero, raça ou estrato social, tomando decisões que envolvem classes de pessoas com as quais não possuem suficiente vivência, também no Parlamento há representantes escolhidos por estes estratos que tomam decisões que não necessariamente atendem aos interesses dos demais.

Muitas outras críticas aproximam seus detratores do chamado elitismo democrático, exposto por José Afonso da Silva⁶, que se fundamenta em uma constante desconfiança com o povo, julgando-o intrinsecamente incompetente para o exercício da soberania e defendendo que a democracia somente poderia ser plena após um período de capacitação e instrução, numa visão paternalista e essencialmente antidemocrática.

Não há a pretensão, neste trabalho, de se definir democracia, tarefa que há séculos martiriza os cientistas políticos e que está longe de culminar numa expressão com identidade

³ “Trial by a jury is about the best of democracy and about the worst of democracy” (tradução nossa). ABRAMSON, Jeffrey. *We, the jury: the jury system and the ideal of democracy*. New York: Harvard University Press, 2000, p. 1.

⁴ TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23.

⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

estática e consensual. Entretanto, não é difícil apontar certos momentos que são historicamente identificados como processos de democratização, e perceber como efetivamente o Tribunal do Júri sempre se relaciona com eles. Necessário, portanto, que se construa esta contextualização para que se possa compreender o ciclo normativo que o correlaciona aos processos democráticos.

A princípio, embora haja registros de julgamentos populares em épocas mais antigas, como na Palestina, Grécia e Roma, deve-se destacar que o júri como hoje se conhece é tido como oriundo da tradição inglesa insculpida na Magna Carta de 1215, previsto com a intenção de se fazer prevalecer os costumes da terra em detrimento da vontade do monarca soberano. Desde o início, portanto, ele se mostrou um instrumento de controle do Estado e proteção do povo, mesmo que, à época, o povo protegido não fosse a grande massa dos governados, mas os barões ingleses.

Com o advento da Revolução Francesa, em 1789, a instituição do júri foi importada ao continente europeu, mantendo seu espírito de fazer prevalecer a vontade do povo em detrimento daquela de juízes vinculados a uma agenda estatal autoritária, construída no *ancien régime*. Nucci destaca que, naquele momento, o júri se mostrou “a lufada de democracia necessária à Europa”⁷, razão pela qual se espalhou rapidamente por praticamente todo o continente.

A partir da consolidação da democracia, e da construção de confiança nas instituições judiciais, o júri passou a ser superado em diversos países europeus, ou por meio de uma total extirpação ou mediante a substituição pelo sistema de escabinado (em que há um órgão julgador formado conjuntamente por leigos e togados), mantendo-se com força principalmente em países ligados à tradição do *common law*, além de outros como a Espanha, que o revitalizou nas últimas décadas após sua exclusão durante o período militar⁸.

Na própria *exposición de motivos* da *Ley del Jurado* espanhola, o legislador fez constar o vínculo existente entre o julgamento popular e a democratização da justiça, ao afirmar que um dos motivos históricos a fundamentar a necessidade de sua reinstauração na lei espanhola é a constatação de que todas as Constituições democráticas o previram, enquanto os períodos de regressão das liberdades públicas sempre trouxeram a eliminação ou a considerável limitação deste instrumento de exercício da cidadania, o que o tornou necessário naquele momento⁹.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 33.

⁸ THAMAN, Stephen C. Spain returns to Trial by Jury. In: *Hastings International & Comparative Law Review*. Vol. 21, n° 241, 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2571420>>. Acesso em 12.2.2018.

⁹ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 246.

Faz-se esta breve regressão histórica do surgimento do júri para correlacionar com a realidade brasileira, de modo a demonstrar como a instituição sempre é tida como um instrumento necessário à consolidação de um regime democrático. Como destacou Alexis de Tocqueville, o júri é uma instituição essencialmente política, e deve-se considerá-lo “um modo da soberania do povo; convém rejeitá-lo inteiramente, quando se repele a soberania do povo, ou relacioná-lo com outras leis que estabelecem essa soberania”¹⁰.

No Brasil, o júri foi importado ainda no período colonial, como resultado da influência política e jurídica que a Inglaterra tinha em Portugal, passando por diversas transformações de competência e estrutura durante os anos de colônia, Império e República. Criado em 1822 para os crimes de imprensa, foi mantido nas Constituições de 1824, 1891 e 1934.

Entretanto, ao se chegar à Constituição de 1937, outorgada pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, não se vê nenhuma previsão acerca do Tribunal do Júri, surgindo ele apenas no Decreto-lei nº 167/1938, que regulou sua instituição, mas efetivamente lhe excluiu a soberania. Na prática, criava-se uma aura de julgamento popular, porém com a decisão final a recair sobre o Poder Judiciário, já que havia ampla possibilidade de revisão meritória.

No restabelecimento da democracia, em 1946, o Tribunal do Júri voltou ainda com mais força, no capítulo de direitos e garantias individuais do texto constitucional, em contraposição às Constituições anteriores, que o colocavam no capítulo atinente ao Poder Judiciário. Guilherme de Souza Nucci destaca que o retorno do júri na Constituição de 1946 não teria se dado por questão de utilidade ou confiança na instituição em si, mas por ele representar “um foco de democracia, uma tribuna livre onde as causas são debatidas e apreciadas diretamente pelo povo”¹¹, sendo efetivamente uma declaração política de rejeição do autoritarismo de 1937.

Um padrão começa a ser estabelecido, com o júri sempre surgindo como um instrumento de democratização do poder, seja no curso dos processos revolucionários europeus, seja no ordenamento interno brasileiro. Ele sempre era suprimido ou inutilizado no autoritarismo, mas retornava ou surgia durante processos constituintes democráticos, como uma reação de desconfiança para com o Estado e com o Poder Judiciário construído durante o período que se pretendia superar.

A Constituição de 1967, produzida pelo governo militar, não foi diferente; embora tenha mantido o júri, retirou-lhe a soberania por meio da Emenda Constitucional nº 1/69, produzida

¹⁰ TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 320.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 41.

no auge do período de repressão chamado de “anos de chumbo”, abrindo margem para que o Poder Judiciário revisasse com amplitude as decisões tomadas pelo povo.

Pelo exercício histórico já realizado, não há como deixar de perceber o quão sintomático foi – durante o regime militar – a supressão da soberania do povo e a transferência da competência revisora plena ao Poder Judiciário. Não se olvide que o Poder Judiciário brasileiro se manteve essencialmente inerte em face das violações praticadas pelo governo militar, resguardadas certas e notórias atuações positivas. Para além do fato de muitos Magistrados de mesma orientação ideológica terem sido posicionados nas diversas instâncias do Poder, inclusive na Suprema Corte, pode-se relacionar essa omissão institucional também a um reconhecimento/sentimento de incapacidade dos Magistrados em face dos Atos Institucionais que sucessivamente retiravam direitos e garantias fundamentais, como, também, por uma indisposição para enfrentar as represálias oriundas da contrariedade ao regime¹².

O fato é que, quando o Brasil enfrenta seu último período de redemocratização, tamanha era a ideologia de resistência política que orientou o Poder Constituinte que o Tribunal do Júri surgiu com ainda mais força, não só se consolidando no capítulo de direitos fundamentais, com sua soberania restabelecida, mas sendo ambos fortalecidos como cláusula pétrea, imodificável, portanto, pelo constituinte derivado ou pelo legislador ordinário.

Assim como Nucci observou para o texto constitucional de 1946, não parece que esse retorno tenha algo a ver, necessariamente, com um reconhecimento do Constituinte do sucesso ou da fundamentalidade da instituição do júri, sendo essencialmente uma declaração política de que a consolidação da democracia exige que a voz do povo seja ouvida e levada em consideração, nas suas mais diversas facetas, e que sua participação nos ditames do rumo da nação não mais poderia ser ignorada.

Destaca-se, novamente: há um padrão histórico, uma repetição normativa de o Tribunal do Júri sempre surgir em épocas de revolução ou democratização, como um ato de resistência ou rejeição ao Poder Judiciário construído no período autoritário. Ao final, o júri sempre representou um exemplo da tradição liberal de medo da tirania estatal¹³, e isso tem reflexos indiscutíveis quando se pretende analisar o conteúdo normativo da soberania dos veredictos e seus efeitos processuais, especialmente na democracia brasileira dos dias de hoje.

¹² FREITAS, Vladimir Passo de; MORAIS, Ivy Sabina Ribeiro de; AMARAL, Thanmara Espínola. *O Poder Judiciário no Regime Militar (1964-1985)*. E-book. Simplíssimo Livros, 2012. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=3naHuakd1IcC&rdid=book-3naHuakd1IcC&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport>. Acesso em 30.6.2017.

¹³ ABRAMSOM, Jeffrey. *Op. cit.*

José Afonso da Silva afirma que a democracia é “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”¹⁴, construindo-se e aprimorando-se a partir de uma dialética com experiências bem e malsucedidas, mas sempre com uma cultura política orientada por valores construídos na base e a partir dela direcionados.

Como dito anteriormente, alguns países europeus que adotaram o Tribunal do Júri foram sistematicamente abandonando-o, ou substituindo-o por um órgão julgador misto (escabinado), à medida que os processos democráticos iam se consolidando e a confiança na legitimidade do Poder Judiciário ia se fortalecendo.

O Brasil, contudo, ainda possui uma democracia muito recente, e visivelmente frágil. Dos últimos quatro Presidentes eleitos por voto popular, dois foram removidos por processo de *impeachment*, um deles foi condenado por crimes cometidos durante o mandato, tendo o atual Chefe do Poder Executivo sido o primeiro a ser denunciado por crime comum durante o exercício. O Poder Legislativo sofre de uma crise de representatividade sem precedentes, estando quase a integralidade do Congresso Nacional respondendo a ações penais perante os Tribunais Superiores.

Em meio às crises, o Judiciário busca assumir um protagonismo na condução dos rumos da nação, mas as deficiências estruturais e os vícios ideológicos tampouco lhe permitem o refúgio em uma legitimidade popular. O Índice de Confiança na Justiça, relatório periódico elaborado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV São Paulo, em sua edição de 2016, demonstrou que o Poder Judiciário é confiável para apenas 29% da população, atrás das emissoras de TV, do Ministério Público, da Igreja Católica e das Forças Armadas¹⁵.

Ademais, o relatório faz constar dado ainda mais grave: o de que metade da população não acredita na honestidade dos magistrados.

Embora o Tribunal do Júri não tenha a capacidade, ou pretensão, de solucionar a crise democrática de representatividade do Estado, ele se mostra um importante espaço de exercício direto de soberania do povo que não está ainda pronto para ser extirpado ou diminuído, sendo, muito pelo contrário, cada vez mais necessário para fortalecer uma aproximação do povo com o sistema de justiça, embora mudanças possam ser feitas para estimular a participação da população neste serviço.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁵ FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. *Relatório ICJ Brasil. 1º Semestre/2016*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. Acesso em 26.6.2017.

Os estudos de Maria Thereza Aina Sadek mostram como, ainda hoje, existe um forte distanciamento do juiz da comunidade que ele julga, especialmente em comarcas menores. Por diversos motivos, subjetivos ou estrutural-sistêmicos, os magistrados não costumam construir vínculos nas pequenas cidades onde atuam, o que prejudica seu conhecimento acerca da realidade por trás dos casos que lhes chegam. Sadek aponta a grande rotatividade de magistrados como um elemento que “favorece a construção da imagem do juiz como a de alguém distante, hierarquicamente superior, que tem o poder de julgar, sem compromisso com a cidade”¹⁶, fortalecendo a ideia de inalcançabilidade daquele que decidirá sua vida.

Vale dizer, ainda hoje, mesmo com um Poder Judiciário majoritariamente formado sob a égide de uma Constituição democrática, instituído por meio de um processo de seleção idealmente meritocrático e apolítico, que o povo ainda não confia inteiramente na instituição e não a vê como algo ou alguém que possa legitimamente exercer o seu poder.

Diante desse contexto, é de se perguntar, como o fez Ingeborg Maus, em relação à realidade alemã, se “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”¹⁷. Seguindo o raciocínio desta pergunta, poder-se-ia então arguir se o júri é uma instituição realmente falida, como muitos advogam, ou se seu fundamento legitimador ainda está forte na realidade brasileira.

Historicamente tido como uma instituição imprescindível à consolidação da democracia, por meio de transferência de parte do Poder do Estado diretamente ao povo, e como um instrumento de resistência aos arbítrios estatais, ele se mostra tão mais imprescindível quando se observa que, efetivamente, ainda se conta com uma democracia excessivamente frágil e um Poder Judiciário cada vez mais desacreditado e ilegítimo perante a fonte do poder, o povo.

2.1.1. A dupla face da representação popular no Tribunal do Júri: um ambiente de reprodução dos conflitos sociais e de educação em direitos humanos

Como disse Jeffrey Abramson, na citação transcrita no item anterior, o júri condensa em si o melhor e o pior da democracia, e o aspecto negativo se potencializa justamente no processo de seleção dos jurados. Ao se pretender o recorte de um microcosmo daquela comunidade

¹⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza Aina (org.). *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 15.

¹⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. 2000, p. 187.

próxima ao fato, arrisca-se à reprodução de toda sorte de conflitos, preconceitos, estereótipos e discriminações que permeiam aquele estrato social.

Tais idiosincrasias já se iniciam no requisito da notória idoneidade. Transferindo-se ao Estado, na pessoa do Juiz e dos servidores da Justiça, a atribuição de selecionar quais cidadãos possuem tal característica e estão aptos a compor um conselho de sentença, permeia-se a decisão por um poder de violência simbólico apto a introjetar no imaginário social um padrão de normalidade, como bem ressaltou Lênio Streck¹⁸.

O Poder Judiciário, que usualmente assume a função de administrador da moral pública¹⁹, passa a ditar qual tipo de cidadão possui o estilo de vida adequado para se assumir naquela função de poder, e, a partir daí, estes cidadãos, com seus vereditos, ditarão o padrão de conduta que julgam adequado ou aceitável para aquela comunidade. Não há como negar que as relações de poder e controle social construídas entre o Estado e o povo, assim como os conflitos internos dos estratos da sociedade, são usualmente reproduzidos na formação do júri e no processo de tomada de decisões.

Recorda-se que uma das maiores referências quando se fala de institucionalização histórica da cultura de violência de gênero é a dos júris preponderantemente masculinos absolvendo homicidas pela tese de legítima defesa da honra. Da mesma forma, não faltam discussões acerca de reforço de paradigmas e estereótipos racistas em júris formados de pessoas brancas, especialmente nos Estados Unidos, onde essa questão explodiu nos anos 90 com o julgamento de policiais acusados de agredir o jovem negro Rodney King.

Isso está relacionado com aquilo que destacou Streck²⁰, acerca da existência de uma forte relação de causa e efeito entre os resultados dos julgamentos e a correlação de forças entre as camadas sociais que julgam e são julgadas. As pessoas são escolhidas por representarem determinado padrão de conduta que o Estado tem como adequado, e, ao decidirem, constroem uma expectativa de comportamento para os demais integrantes da comunidade.

Certas alterações legislativas, ou de prática judicial, poderiam ser empreendidas para aprimorar os mecanismos de convocação e seleção de jurados, de modo a permitir um processo mais racional, objetivo e representativo de escolha. Lênio Streck já defendia alterações que visassem tornar o júri mais representativo dos setores populares “tanto no que tange aos grupos

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁹ MAUS, Ingeborg. *Op. cit.*

²⁰ STRECK, Lênio. *Op. cit.*, p. 117.

ocupacionais como aos descendentes das várias etnias que compõem a sociedade”²¹, intentando democratizar cada vez mais o conselho de sentença.

Crítico daqueles que defendem uma convocação irrestrita, Edilson Mougenot Bonfim alerta para que se evite a confusão entre democratização e desqualificação²². Ele se mostra desfavorável à convocação de pessoas muito jovens, já que não houve tempo suficiente de interação social adulta para se concluir por uma notória idoneidade, assim como de analfabetos ou pessoas com baixíssima instrução, concluindo ele que qualquer abertura deve respeitar os requisitos de idoneidade moral e mínima inteligência.

Embora haja razão nos que defendem a inaptidão dos analfabetos, reais e funcionais, para atuar nos conselhos de sentença, já que a atividade do jurado por vezes implica a leitura direta das peças que compõem o processo para a compreensão global do feito, não parece haver um impedimento apriorístico para os jovens, desde que civilmente capazes, já que são representantes de um estrato social de grande visibilidade e, preenchidos os requisitos legais, podem ter muito a contribuir para a orientação das decisões daquela comunidade.

É neste ponto que se pretendia chegar: independentemente da democratização que se realize e das alterações que sejam feitas, não há escape à conclusão inarredável de que o júri, representando um recorte de determinada comunidade, continuará a reproduzir seus conflitos e seus preconceitos nos vereditos.

Não se destaca este aspecto, contudo, com o intuito de deslegitimar o júri e suas decisões, pois se assim o fosse, também se estenderia a deslegitimação a todo o Poder Judiciário. Os magistrados togados não funcionam de forma diferente, sendo suas decisões inequivocamente permeadas por valores oriundos de suas respectivas classes sociais e culturais²³. Toda investidura de poder está sujeita a uma contaminação ideológica.

Este elemento do júri, contudo, permite uma potencialidade positiva que o judiciário togado não possui, e ela deriva justamente de seu caráter democrático-representativo. Tocqueville, em seu clássico *Democracia na América*, já afirmava que o júri pode ser aristocrático ou democrático, a depender dos métodos de convocação dos jurados, mas nunca vai deixar de ser republicano²⁴, já que coloca a direção da sociedade na mão dos governados, e não dos governantes.

²¹ Ibidem, p. 132.

²² BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³ MAUS, Ingeborg. *Op. cit.*

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Op. cit.*

Por assim fazê-lo, e por ser o estabelecimento de um microcosmo de determinado(s) estrato(s) da sociedade, surgem dois aspectos essenciais, sendo o primeiro este já estabelecido do júri como um ambiente de reprodução das relações de poder e conflitos sociais. O segundo é que, dada a construção de um espaço em que os atores jurídicos são compelidos a debater a lei, os crimes e as condutas perante este microcosmo, há o aspecto do Tribunal do Júri também como um espaço de identificação dos conflitos sociais e de potencial diálogo de educação em direitos humanos.

Serve como exemplo a tipificação do crime de Femicídio pela Lei nº 13.104/2015. Ao inserir no capítulo de crimes dolosos contra a vida uma qualificadora com caracteres tão específicos de violência de gênero (“por razões da condição do sexo feminino”, “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”), o legislador compeliu os sujeitos processuais – juiz, advogado e promotor – a discuti-los perante a sociedade, apresentada naquele momento pelo conselho de sentença.

Para que o acusador logre condenar o homicida a uma pena por crime qualificado, necessário que o júri compreenda o que é violência de gênero e decida por reconhecer a ocorrência de tal circunstância. Da mesma forma, caso a defesa pretenda uma pena menor, faz-se necessário que o júri desqualifique a existência de violência de gênero, o que implica, necessariamente, o seu conhecimento acerca do conceito.

Esse diálogo certamente exigirá que os atores jurídicos identifiquem quais são os preconceitos, estereótipos e elementos culturais presentes naquela comunidade específica e construam uma estratégia para a desconstrução, o que não seria possível na hipótese de tal questão ser submetida ao Juiz togado, em que as discussões se travam com fundamentos essencialmente técnico-jurídicos e por meio de documentos e papéis de que a sociedade nunca tomará conhecimento.

Além disso, os sujeitos processuais, tão acostumados com as tecnicidades da linguagem jurídica, barreira ideológica de consolidação da autoridade do Poder Judiciário, veem-se obrigados a adequar suas explicações e fundamentações a uma linguagem que o povo possa compreender, aproximando e democratizando a compreensão do Direito. Isso, novamente, vai ao encontro de Alexis de Tocqueville que, ressaltando a importância do júri para a consolidação da democracia americana, chamava-o de uma “escola gratuita e sempre aberta”²⁵, em que os jurados são instruídos de seus direitos, as leis lhes são ensinadas com uma linguagem adequada

²⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Op. cit.*, p. 321.

ao seu alcance e é estabelecido um diálogo do povo com os membros da elite intelectual que se qualificou nas ciências jurídicas.

Tocqueville ainda dizia que, embora não seja necessariamente certa a utilidade do júri para aqueles processados, ele é um dos meios mais eficazes que a sociedade pode utilizar para a educação do povo. Decerto que ele falava sob a perspectiva da democracia americana, em que o júri é chamado a decidir tanto matérias criminais quanto cíveis, o que permite uma abertura extremamente larga para o diálogo e a educação da população acerca das leis do país.

A democracia, como bem destacou José Afonso da Silva²⁶, é um processo dialético de afirmação do povo e construção de direitos e deveres fundamentais, conquistados pelo rompimento de antíteses e pela incorporação de novos e enriquecidos valores. Não seria, portanto, algo estático, mas uma eterna construção de novos horizontes a partir da evolução dos povos, do compartilhamento de ideias e aprendizados com os erros e acertos dos mecanismos de governo fundado na soberania popular.

Lênio Streck afirma que o veredito é a redução de duas interpretações possíveis a uma apresentação que reflete um modelo coerente com o que os julgadores visualizam para a sociedade em que vivem²⁷. Este dito modelo ideal é fruto de um diálogo que permite, simultaneamente, a incorporação dos valores da comunidade à decisão jurídica, e o ensinamento, à comunidade, dos valores das leis, não restando dúvidas quanto ao papel deste intercâmbio como elemento fortalecedor da democracia.

Destaca Eliete Jardim que a grandeza do júri reside justamente em priorizar a sabedoria popular em detrimento de um mero tecnicismo cego, já que o cidadão comum, “por não estar imerso no cotidiano forense, em que tragédias humanas se transformam em números e nomes nas capas de autos, tende a julgar com mais humanidade e não se preocupa com metas outras que não sejam alcançar o julgamento justo”²⁸

Trata-se de uma instituição que transfere à comunidade a definição de seus padrões de conduta, ao invés de tal pretensão ser invocada pelo Poder Judiciário, o que se mostra especialmente salutar. Afinal, como bem destacou Ingeborg Maus, “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer

²⁶ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*

²⁷ STRECK, Lênio. *Op. cit.*

²⁸ JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – absolvição fundada em quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal. Estudos e pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 598.

mecanismo de controle social”²⁹, controle ao qual deve se subordinar toda instituição do Estado em uma democracia.

Reconhece-se que tal potencialidade é usualmente desperdiçada pelos atores jurídicos, especialmente os que não conseguem superar o fetichismo da cientificidade e o empoderamento ideológico da linguagem jurídica, muitos deles não se preocupando em aproveitar o júri como espaço de diálogo e educação em direitos humanos e abordando-o apenas como uma obrigação institucional descompromissada.

Criticam-se muito júris que absolvem justiceiros, pois intimamente seguem a orientação ideológica de que “bandido bom é bandido morto”; que condenam jovens pretos e pobres com poucas provas, por reprodução de preconceitos oriundos de estereótipos e estigmatizações; que absolvem feminicidas, em um reflexo da cultura de violência de gênero; mas ignora-se o fato de que, se o júri assim decide, é porque tais elementos estão enraizados de modo muito forte nos estratos sociais representados, necessitando haver uma igualmente profunda desconstrução cultural por meio das instâncias cabíveis. Perde-se muito de vista a potencialidade que o júri oferece para, durante as horas de debate que a lei proporciona, trabalhar tais temas de forma educativa com os jurados, utilizando o Tribunal do Júri como instrumento de reflexão acerca dessas idiosincrasias.

Tanto o é que, embora a absolvição de feminicidas possa outrora ter atingido números que chamassem atenção, em estudo estatístico recente realizado por Maria Thereza Sadek, Igor Stemler e Gabriela Soares, com júris realizados entre 2015 e 2016, observou-se que “a probabilidade de condenação de réus do gênero masculino cresce consideravelmente quando a vítima é uma mulher”³⁰, o que pode ser identificado como um passo em um processo gradual de quebra de paradigmas e educação popular acerca da violência de gênero.

Este potencial educador parece coerente e preservado pelo sistema recursal do júri, que determina que, nos casos em que a Corte entenda não haver o mínimo elemento probatório que sustente a decisão dos jurados, seja o caso submetido a um novo julgamento, para que um grupo inteiramente novo de pessoas possa ter contato com aquela discussão, apenas se consolidando o veredito caso ele seja efetivamente reiterado.

²⁹ MAUS, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 187.

³⁰ SADEK, Maria Thereza Aim; STEMLER, Igor T. S. V.; SOARES, Gabriela M. de A. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. In: *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, 2017, p. 10.

2.2. O posicionamento constitucional do Tribunal do Júri: um direito-garantia de dúplice aspecto

Quando do seu posicionamento no texto de 1988, o Tribunal do Júri foi inserido no capítulo de direitos e garantias fundamentais, e, embora não haja consenso acerca da sua natureza materialmente constitucional, é certo que formalmente houve a opção do Constituinte de incluí-lo entre as cláusulas pétreas. Com a intenção de abstrair todo o extrato normativo da soberania dos vereditos, é necessário que se o faça através do posicionamento do Tribunal do Júri dentro de uma teoria dos direitos fundamentais, identificando quais os aspectos envolvidos em sua classificação constitucional.

Há, indubitavelmente, a feição de garantia individual relacionada ao devido processo legal, já que é um elemento de competência funcional que serve de proteção à liberdade do indivíduo, determinando que, nos casos de crimes dolosos contra a vida, ele não pode ser condenado e apenado senão em razão de conclusão positiva de seus semelhantes.

Ingo Sarlet afirma, na esteira de Canotilho e Bonavides, que as garantias institucionais constitucionais em regra possuem natureza jurídico-objetiva e não são aptas a outorgar ao indivíduo direitos subjetivos autônomos³¹. Não é o caso do júri, como o próprio Sarlet destacou. Dada a complexidade histórica de formação e desenvolvimento da instituição, pode-se abstrair claramente desta garantia um direito subjetivo do acusado ao julgamento pelo júri.

Esta, inclusive, é a sua feição mais consagrada, revelando-se como um direito de o acusado ser julgado por seus pares, idealmente integrantes de uma mesma realidade social, econômica e cultural que a sua e que poderão empreender um julgamento mais adequado à justiça esperada pela comunidade. Direito este, vale ressaltar, de aspecto preponderantemente positivo, já que impõe a adoção de ações estruturais pelo Estado para que assegure um mecanismo adequado de convocação e seleção de jurados, garantia do sigilo e da plena defesa, e construa um sistema recursal que prestigie sua soberania, mostrando sua feição negativa ao determinar uma inação do Estado-Juiz quanto à intervenção na definição meritória dos fatos.

Doutra banda, caso se compreenda o Tribunal do Júri apenas e tão somente pela feição fundamental do direito do cidadão de ser julgado por seus pares, pode-se chegar à conclusão, a que chegou Vladimir Aras³², de haver a possibilidade de renúncia deste direito pelo acusado e

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³² ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no Processo Penal Brasileiro. *Waiver of jury trial in Brazilian Criminal Procedure*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ele escolher ser julgado pelo júízo singular, o *waiver of jury trial*, como chamado no direito americano. Não é o caso.

Na feição democrática já exposta nos itens anteriores deste trabalho, o Tribunal do Júri também consolida um direito do cidadão, não acusado, de participar na administração da justiça do país³³. Jeffrey Abramson também reforçava essa natureza dúplice do papel normativo do júri, ao afirmar que “a instituição é simultaneamente sobre direitos democráticos, políticos e participativos do cidadão de ser jurado, e também sobre o direito do acusado de encontrar no júri popular a melhor proteção contra a opressão³⁴”.

Perez Luño afirmava que os direitos fundamentais, em sua feição axiológica objetiva, representavam o resultado de um pacto entre as diferentes forças sociais, alcançado por relações de tensão e cooperação³⁵. O Tribunal do Júri sempre esteve no epicentro das tensões entre autoritarismo e democracia, e seu ressurgimento e prestígio sempre foram historicamente vistos como uma vitória do povo, que passa a assumir diretamente, mesmo que de forma restrita, o poder de definir o padrão de conduta de sua própria comunidade.

Não há como negar que a previsão constitucional do Tribunal do Júri descortina um direito individual subjetivo de participação direta do cidadão na administração da justiça dos crimes dolosos contra a vida. Este, inclusive, é o principal elemento definidor do conteúdo normativo do direito ao Tribunal do Júri, ficando o direito-garantia de devido processo legal do cidadão em segundo plano, embora de não menos importância.

Desta conclusão se inicia a discussão acerca do conteúdo normativo da soberania dos veredictos. A partir do momento em que se determina o Tribunal do Júri como, essencialmente, um direito de o cidadão participar da administração da justiça, determinando diretamente, e não por intermédio do Estado, o destino dos integrantes de sua comunidade, é especialmente relevante que a decisão final tomada pelo povo seja constitucionalmente protegida da intervenção e modificação do Estado, contra quem a instituição originalmente fora criada. Não se poderia admitir qualquer legislação infraconstitucional que permitisse ao Poder Judiciário sobrepor sua vontade àquela adotada pelo conselho popular de sentença, sob pena de se atingir o núcleo essencial da soberania dos veredictos.

³³ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999; ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

³⁴ “the institution is simultaneously all about the political, participatory, or democratic rights of citizens to be jurors, and yet all about the rights of the accused to find in the jury of the people the best protection against oppression” (tradução nossa). ABRAMSON, Jeffrey. *Op. cit.*

³⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 21.

2.3. A competência constitucional do júri: a proteção da vida como elemento consensual de funcionalidade do Direito Penal

Na tragédia grega *Eumênides*, de Ésquilo, há um trecho destacado por Jeffrey Abramson em que se narra que Atena, a própria Deusa da sabedoria, não se julgou capaz de decidir acerca da responsabilidade e pena de um homicida, delegando seus poderes a um grupo selecionado de cidadãos atenienses. Cuidar-se-ia, então, da dificuldade de se definir a “verdade” quando o caso envolve duas pessoas e a vítima não está mais presente para expor sua versão, confiando-se apenas na palavra do sobrevivente acusado.

Embora haja doutrinadores e parlamentares que defendem a ampliação da competência do Tribunal do Júri³⁶, e não pareça haver impedimento *prima facie* para que o legislador o faça, o panorama constitucional que hoje se apresenta definiu uma atuação mínima aos crimes dolosos contra a vida, sendo esta uma especificidade especialmente sintomática.

Compartilha-se da visão de Claus Roxin de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, por ele entendido como os objetos relacionados às condições necessárias a uma coexistência humana³⁷. O problema surge quando se trabalha com a política de identificação dos bens jurídicos que são relevantes para o Direito Penal e o estabelecimento dos níveis de risco e dano que justificam a previsão de uma sanção. O descontrole da gestão estatal destes dois elementos é identificado nos estudos de Jesús-Maria Silva Sánchez como uma das causas do expansionismo do Direito Penal na modernidade³⁸.

A opção de criminalização de determinada conduta deveria estar atrelada à imprescindibilidade da proteção daquele bem jurídico para uma convivência social pacífica e duradoura. Esta é uma visão minimalista do Direito Penal que se encontra na obra de diversos autores. Para Bettiol, por exemplo, o crime, ou *reato*, é “o fato do homem que agride as condições de existência, de conservação, de desenvolvimento de uma sociedade num determinado momento da sua história”³⁹. Também Silva Sánchez afirma que a vocação do Direito Penal seria “proteger penalmente somente aquelas expectativas essenciais (associadas

³⁶ Além de Lênio Streck defender a ampliação em sua obra, vê-se que há projetos de lei atualmente em andamento no Congresso Nacional, visando à inclusão na competência do júri dos crimes de corrupção passiva e ativa (PLS 217/2017) e crimes praticados por militares contra civis (PLS 113/2011), além de diversos outros projetos que, analisados, já foram rejeitados e arquivados.

³⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

³⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

³⁹ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. São Paulo: Pillares, 2008, p. 39.

ao núcleo da identidade normativa da sociedade) cuja desproteção penal daria lugar a reações disfuncionais”⁴⁰.

Com essa ideia, nota-se que determinadas criminalizações se mostram legitimadas por certo consenso supralegal, outras são oriundas de uma identificação do legislador das normas produzidas pela interação social, enquanto outras são apenas ilegítimas opções políticas de determinado governo para instrumentalizar o papel do Direito Penal como um mecanismo de controle para atenção a determinados fins.

Neste sentido, como disse Maurice Cusson, “sentimos, intuitivamente, que há verdadeiros crimes e outros que não o são, que há criminalizações fundadas em razão e em justiça e outras que resultam do erro, do fanatismo ou da vontade de poder”⁴¹. Podem-se apontar facilmente condutas cuja criminalização seja pouco ou nada contestada, dado o consenso acerca de sua reprovabilidade e da sua lesividade para a convivência social, os chamados “verdadeiros crimes” por Cusson.

O homicídio, por exemplo, seria um caso de um “crime verdadeiro”, já que a vida é um bem jurídico protegido desde os tempos antigos em praticamente todas as formas de sociedade estabelecidas. Até mesmo a Bíblia, documento histórico orientador de uma cultura milenar, narra o fratricídio como o primeiro crime praticado pelo homem.

Nesse sentido, é sintomático que o Constituinte tenha optado por conferir ao júri competência funcional essencialmente para aquelas condutas cuja criminalização seja um elemento praticamente consensual de funcionalidade do Direito Penal, de modo a blindar da interferência popular aqueles que sejam de sua escolha política.

Decerto que há algumas condutas elencadas como dolosas contra a vida, em especial o aborto e o auxílio ao suicídio, que enfrentam constantes discussões éticas e que são frutos essencialmente de opção político-criminal, já que não parece haver um consenso internacional acerca de sua criminalização. Entretanto, não são crimes com que o sistema penal brasileiro se preocupa com tanta intensidade, no campo repressivo, restando suas estatísticas de processamento e condenação em níveis quase nulos⁴². Vale conjecturar, inclusive, se a inércia do sistema de justiça penal em investigar e processar os casos de aborto ou auxílio ao suicídio

⁴⁰ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Op. cit.*, p. 136.

⁴¹ CUSSON, Maurice. *Criminologia*. 3ª ed. Alfragide: Casa das Letras, 2002, p. 18.

⁴² Reportagem identifica que, embora haja notícias de mais de um milhão de abortos ilegais no Brasil, uma pesquisa realizada em 22 estados da federação identificou apenas 33 mulheres processadas no ano de 2014. MACIEL, Edgar. 33 mulheres foram presas por aborto em 2014. In: *Revista Exame*. 22.12.2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>>. Acesso em 6.3.2018.

não seria derivada, também, de eventual conclusão de inocuidade de tal processamento, em face da perspectiva de absolvições perante o Tribunal do Júri.

Faz-se essa breve digressão acerca da competência material do júri apenas para demonstrar como o Constituinte – assim como o legislador que não se dispôs a alterar tal elemento – estava ciente da potencialidade do Tribunal do Júri como instrumento democrático apto a permitir que o povo dite as regras de sua própria comunidade. Tanto o é que lhe conferiu a atribuição única de julgar os crimes que atingem o bem jurídico “vida”, que a todos pertence, e cuja violação todos reprovam.

Talvez certas incriminações ou atuações seletivas dos órgãos de repressão não encontrassem ratificação popular caso precisassem ser detalhadas e explicadas a um conselho de julgadores leigos. A insatisfação popular com o Estado e com o sistema de justiça poderia encontrar no júri um terreno frutífero para que certas práticas enraizadas no cotidiano dos atores jurídicos fossem revistas. Conjectura-se se um júri popular efetivamente condenaria uma mãe de quatro crianças a cumprir pena no cárcere pelo furto de ovos de páscoa de uma rede de supermercados⁴³, ou se condenaria por tráfico alguém portando 0,02g de maconha, em um julgamento que ocorreu 15 anos após o fato⁴⁴.

Em pesquisa realizada por Nucci com 574 jurados do Terceiro Tribunal do Júri de São Paulo, 40% deles responderam que o júri deveria ter sua competência ampliada para o julgamento de outros crimes que não apenas os dolosos contra a vida⁴⁵, o que demonstra haver uma parcela significativa da população – embora não a maioria – que efetivamente vê a necessidade de uma maior participação na administração da justiça.

2.4. Razões e os reflexos da opção constituinte pela soberania dos vereditos: extraindo seu conteúdo normativo

No texto constitucional, a expressão soberania somente é utilizada em três oportunidades: ao se referir à soberania nacional como fundamento da república e merecedora de proteção institucional (arts. 1º, I, § 5º, LXXI, 17, 91, 170, I, e 231, § 5º), a soberania popular exercida por meio do sufrágio universal (art. 14) e a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, c).

⁴³ Caso noticiado em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/stj-nega-liberdade-mae-de-quatro-criancas-condenada-por-furtar-ovos-de-pascoa-21391425.html>

⁴⁴ Caso noticiado em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/06/22/insignificancia-homem-e-condenado-pelo-stj-por-trafico-de-002g-de-maconha/>

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 336.

Certamente não se tratou de uma opção gramatical desimportante do Constituinte, especialmente se considerados o contexto histórico e os fundamentos democráticos de fortalecimento do Tribunal do Júri, já detalhadas no item 2.1 deste trabalho. Indubitavelmente, pretendeu-se, com esta provisão constitucional específica, relacionar diretamente o veredito como uma expressão do poder do povo, já que é algo comparável ao voto e à república, e, ao mesmo tempo, conferir à decisão dos jurados uma força jurídico-normativa superior à das demais decisões do Estado-Juiz. Afinal, é uma decisão que não está sujeita a reforma sequer pela Suprema Corte do País.

Frederico Marques já alertava que a soberania dos vereditos é uma expressão técnico-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 dicionários”⁴⁶. Assim sendo, concorda-se com Nucci quando afirma que não se pode pretender estender ao júri toda a complexidade do tradicional conceito de soberania atrelado aos Estados-Nações em suas relações internacionais⁴⁷.

O risco de se olhar para a soberania dos vereditos com a perspectiva do direito dos Estados é querer compreender o júri como algo supremo e absoluto, sem nenhuma sorte de controle pela legislação infraconstitucional, o que não parece condizente com a ideia de direitos fundamentais pretendida pelo Constituinte.

No surgimento do júri, pela Magna Carta de 1215, o fundamento da soberania dos vereditos era essencialmente teológico, já que os 12 jurados (em igual número aos apóstolos) estariam iluminados pelo poder divino, e suas decisões seriam infalíveis e insuscetíveis de revisão pelos homens⁴⁸. Com o advento do Estado Moderno pela Revolução Francesa e a influência da filosofia iluminista de Hobbes, Locke e Rousseau, a soberania passou a se fundamentar na teoria do contrato social e no antropocentrismo típico deste momento histórico. O poder é do povo, e ele o transferiria ao Estado apenas na exata medida necessária à manutenção livre e pacífica da comunidade, de modo que, nos momentos em que o poder era por ele diretamente exercido (como nos julgamentos populares), ele seria essencialmente soberano, porquanto não haveria legitimação estatal oriunda do povo para nele interferir.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 73.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*

⁴⁸ ANSANELLI JR., ÂNGELO. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Vereditos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71.

Em nosso ordenamento, a soberania não é alçada ao patamar absoluto que outrora lhe era concedido pela fundamentação teológica ou contratualista. Conforme será detalhado nos demais capítulos deste trabalho, a confrontação da soberania dos veredictos com os demais direitos fundamentais do acusado acabou por gerar um sistema processual muito específico, em que, por vezes, a decisão tomada pelo Conselho de Sentença é objeto de revisão, prévia e posterior, pelo Poder Judiciário togado. E é importante que assim o seja, já que um poder livre de qualquer sorte de controles, mesmo que legitimado pelo povo, não se revelou como algo salutar na história da consolidação democrática.

Entretanto, eventual revisão nunca pode atingir o núcleo essencial do júri, que é a prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado. Dessa forma, como se verá mais adiante, de nenhuma forma poderá a Corte Revisora anular o Tribunal do Júri por uma mera discordância da conclusão a que ele chegou, ou por uma diferente interpretação dos fatos, ou, eventualmente, imiscuir-se nas funções judicantes e proferir diretamente a decisão meritória em contrariedade à decisão do júri, como alguns defendem ser possível em revisão criminal. Para evitar a afetação a esta *ratio essendi* do Tribunal do Júri, entende-se imprescindível uma blindagem constitucional.

As ressalvas feitas à soberania são, em regra, atreladas a um descontentamento com a própria instituição do júri e a “atecnicidade” do julgamento, que geraria muitas absolvições por clemência induzida mediante um sentimentalismo construído artificialmente pelas defesas dos acusados. Concorda-se com Lênio Streck quando ele afirma que algumas críticas usualmente se relacionam com certo grau de fetichismo com o cientificismo, como se a técnica dogmático-jurídica fosse o único mecanismo legítimo para se conferir um *status* de dignidade e verdade às decisões penais⁴⁹.

As decisões dos jurados, embora tomadas por íntima convicção e não sujeitas à motivação expressa, obtêm sua legitimidade e dignidade a partir da democratização da administração da justiça, fundada no direito subjetivo de o cidadão participar na definição dos padrões de conduta de sua comunidade. Esta definição pode implicar uma absolvição quando os elementos de convencimento possam conduzir a uma condenação, ou mesmo uma condenação por homicídio ou tentativa, quando uma dogmática mais técnico-científica pudesse levar a uma absolvição ou desclassificação.

⁴⁹ STRECK, Lênio. *Op. cit.*

Muitas vezes pode haver uma discordância entre o que os jurados decidem e o que decidiria um Magistrado togado, mas se não fosse para assim sê-lo, a instituição perderia a razão de ser. Quisesse o Constituinte que o júri decidisse sempre da mesma forma que o Magistrado, não o teria revitalizado e fortalecido.

Segundo Streck⁵⁰, os júris do Rio Grande do Sul, entre 1991 e 1996, condenaram 54% dos réus que julgaram, absolvendo 46%, enquanto as decisões dos juízes singulares resultaram em 50,5% de condenações e 49,5% de absolvições, não se podendo observar uma distinção tão gritante quanto se poderia esperar.

Nucci⁵¹ traz outros dados, do Terceiro Tribunal do Júri de São Paulo, em que destaca ter havido 60% de vereditos condenatórios e 40% de absolvições. Já pesquisa mais recente do CNJ⁵² mostra que, entre 2015 e 2016, analisados sete estados da federação, o percentual de condenações variou entre 59% e 79%, enquanto o de absolvições entre 15% e 33%, permanecendo os remanescentes como extinções de punibilidade. O número alto de condenações está principalmente relacionado com os mecanismos processuais de controle prévio da acusação pelo Poder Judiciário, que serão abordados no terceiro capítulo, mas não se pode deixar de invocar tais dados para demonstrar como o argumento de que o Tribunal do Júri é uma instituição destinada a advogados obterem absolvições clementes que não conseguiriam com um magistrado togado talvez se revele uma falácia, facilmente derogável por estatísticas.

Certo da compreensão do júri como um importante instrumento de democratização do poder, conclui-se que o fortalecimento de seu valor jurídico-constitucional é imprescindível ao pleno exercício das potencialidades já delineadas. Não é por acaso que a soberania dos vereditos era sempre o dispositivo de supressão nos ordenamentos totalitários.

Ademais, em uma perspectiva simbólica de percepção social, é importante que se observe a necessidade de se reafirmar a normatividade dos vereditos como mecanismo subjetivo apto a obstar eventual banalização do instituto pelos próprios jurados. Não se deve esquecer que, ao contrário dos juízes togados, os jurados não necessariamente escolheram estar naquela posição e podem não a levar tão a sério, caso esta seriedade não seja por eles percebida nos atores jurídicos e na própria lei.

Os jurados entrevistados por Nucci, em sua obra, deram a sua versão do que compreendem como soberania dos vereditos; afirmaram que “o que é decidido pelo júri popular é aceito pelo juiz presidente”, “os vereditos tomados são incontestáveis”, “não há órgão superior

⁵⁰ Ibidem, p. 80.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 359.

⁵² SADEK, Maria Tereza Aina; STEMLER, Igor T. S. V.; SOARES, Gabriela M. de A. *Op. cit.*, p. 5.

que reforme o veredito”, “é uma decisão do Tribunal do Júri, que não pode ser negociada ou alterada nem pelo Presidente da República”, “a decisão dos jurados é definitiva”, “não pode ser modificada”, entre diversas outras respostas⁵³.

Essas respostas são reveladoras. A autorrealização da importância de sua decisão é essencial para o empoderamento dos jurados, permitindo que eles tomem a decisão da maneira que melhor reflita seu convencimento acerca da prova dos autos. Não houvesse um mecanismo constitucional de salvaguarda e suas decisões pudessem ser revistas ou reformadas livremente, os julgamentos poderiam ser conduzidos e decididos de forma bem mais descompromissada.

Dogmaticamente, por fim, a soberania se traduz essencialmente numa competência jurídico-funcional conferida ao júri para dar a última palavra acerca dos fatos apurados e da responsabilidade criminal daqueles acusados de atentar dolosamente contra a vida de outrem, e de impor seu padrão de conduta para aquela comunidade, através do poder simbólico (*veritas* e *auctoritas*) daquela decisão jurídica. Ela obsta que qualquer medida legislativa ou judicial seja adotada com o intuito de transferir ao Estado esta parcela de poder que constitucionalmente foi direcionada ao cidadão.

De tudo que foi dito e analisado neste capítulo, vê-se claramente que a soberania dos vereditos, porquanto intimamente ligada com os fundamentos e justificações do Tribunal do Júri, é uma norma constitucional de natureza dúplice: a garantia do cidadão julgado de ter assegurado e protegido seu direito de ter seu destino decidido por seus iguais, e o direito do povo de participar na administração da justiça, assumindo diretamente parcela de poder, consistente no julgamento dos atos dolosos contra a vida, agindo para a fixação dos padrões de conduta de sua comunidade.

Como os outros direitos constitucionais, a soberania dos vereditos não possui natureza absoluta. Como observou Chaves, “o Tribunal do Júri brasileiro deve compatibilizar com o modelo democrático” e “a soberania dos vereditos deve ser lida aos olhos da Constituição”⁵⁴, de modo que seu confronto com princípios caros ao Estado Democrático, como presunção de inocência, plena defesa e duplo grau de jurisdição, permite a construção de um sistema processual em que haja controle prévio e posterior pelo Poder Judiciário, embora, novamente, este controle não atinja o mérito essencial dos vereditos nem substitua a vontade popular pela do Estado.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 228-233.

⁵⁴ CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 339.

Torna-se indispensável, no propósito deste trabalho, investigar quais os reflexos da soberania, em seu dúplice aspecto, na organização do modelo processual específico do júri, em especial na formação da coisa julgada, para se investigar a legitimidade de se condicionar sua execução definitiva à confirmação do veredito pelo Poder Judiciário.

3. O REFLEXO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS NO MODELO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DO JÚRI E NA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Em sendo, como visto, a soberania dos vereditos um elemento normativo constitucional que confere alto grau de imutabilidade às decisões dos jurados, preserva uma capacidade de o povo exercer diretamente parcela de seu poder e exclui do Judiciário a possibilidade de reforma direta sobre seu conteúdo, é importante que se analise de que forma isso se reflete no procedimento específico previsto em lei para o Tribunal do Júri.

Nesta perspectiva, nosso sistema acertadamente criou mecanismos de controle prévio da decisão dos jurados, estabelecendo uma primeira fase de instrução probatória perante o Juiz togado (*judicium accusationis*), quando então ele deverá filtrar as acusações levianas, as manifestamente infundadas e os casos claros de excludentes legais, e uma segunda fase diretamente perante o juízo natural da causa (*judicium causae*), quando o mérito da acusação será enfim resolvido.

Criou-se, ainda, uma possibilidade de análise superveniente do veredito soberano, através de um sistema recursal peculiar que permite, entre outras possibilidades, uma incursão superficial no mérito fático-probatório para se verificar decisões completamente desprovidas de fundamentos.

O impacto da soberania dos vereditos, portanto, é perceptível em todo o procedimento do júri, devendo ser avaliadas minuciosamente estas formas de controle prévio e superveniente de modo a identificar a possibilidade de formação de uma coisa julgada parcial que possa influenciar na decisão acerca do momento inicial de cumprimento da pena.

3.1. A decisão de pronúncia e a soberania dos vereditos: um instrumento de controle judicial prévio

Como detalhado no capítulo anterior, o fato de o júri ser soberano em sua análise meritória das condutas que atentem dolosamente contra a vida não implica a conclusão de que são órgãos carentes de qualquer forma de controle. A soberania do povo não pode se confundir com a ditadura do povo, e qualquer tipo de decisão que esteja livre de escrutínio é um espaço aberto para arbítrios, não sendo o arbítrio menos danoso porque tem origem popular, especialmente quando se tem uma decisão desprovida da obrigatoriedade formal de fundamentação.

É perfeitamente adequado e constitucional o estabelecimento de esferas de atuação do Poder Judiciário no procedimento do júri, para controle das garantias processuais, observância dos direitos fundamentais do acusado e fixação da competência material constitucional. Neste ponto, assume especial feição a decisão de pronúncia, o principal filtro posto à disposição do Judiciário togado para controle prévio da atuação do Tribunal do Júri. Nesta fase serão solucionadas nulidades e diferenciadas as acusações que reúnem um relativo grau de procedibilidade daquelas levianas, tecnicamente inadequadas, ou, ainda, os casos em que a dogmática escoreita indica a prática de crime diverso daquele que é de competência do júri (desclassificação).

Embora tenha sido referenciada pela legislação como sentença, hoje a pronúncia recebe a designação mais correta de decisão, assumindo a feição mista não terminativa, já que, como dizem Távora e Alencar, não se presta a decidir o mérito, mas tampouco extingue o feito sem resolução dele⁵⁵.

Neste momento vê-se como a soberania dos vereditos começa a impactar no procedimento. Ciente de que a decisão que o júri tomará será soberana, e meritoriamente imodificável, o legislador tratou de criar mecanismos para que acusações levianas ou frágeis não chegassem ao seu conhecimento, de modo a evitar a consolidação de manifestas injustiças. Por essa razão há possibilidade de absolvição sumária pelo juiz togado, caso verifique a improcedência absoluta da acusação.

Ademais, a pronúncia cuida de uma decisão que pode ser levada a reavaliação pelo Tribunal de Justiça (por Recurso em Sentido Estrito), ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, por meio dos recursos constitucionais. Nenhuma outra decisão interlocutória possui tantas possibilidades recursais com efeito suspensivo como esta, restando impedida a realização do julgamento do réu enquanto elas não se esgotarem.

É bastante comum em manuais de processo penal, e na jurisprudência em geral, haver a menção do dito princípio *in dubio pro societate* na fase da pronúncia, como se, havendo dúvidas do Magistrado, ele devesse optar por encaminhar os autos ao juízo competente, o júri.

⁵⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Op. cit.*

Trata-se de um equívoco hermenêutico, apontado de forma clara por processualistas mais detalhistas⁵⁶.

A bem da verdade, não há que se falar em dúvida resolvida em favor da sociedade, já que o Magistrado não está lá para ter certezas ou fazer juízos de mérito. Como destacou Lima, a pronúncia seria um juízo de impressão de certeza⁵⁷. Há uma evidente limitação cognitiva, de modo que sua função é a de averiguar a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, que permitam uma conclusão prévia de que o acusado possa ser o responsável por aquela acusação.

Surgindo dúvida sobre a existência de prova da materialidade ou dos indícios de autoria, e não sobre seu conteúdo, ele deve necessariamente resolver a dúvida em favor do réu como reflexo da regra do *in dubio pro reo*, abstraída do mandamento constitucional da presunção de não culpabilidade. Certeza ou dúvida sobre o conteúdo dos indícios e da conclusão meritória a que eles conduzem não pertence ao juiz togado, já que não é ele o julgador natural da causa.

Caso o Magistrado não forme uma conclusão cognitiva acerca da eventual ocorrência de uma legítima defesa, por exemplo, a regra determina que ele encaminhe a júri, mas não sob a justificativa/fundamento de estar em dúvida, senão pelo fato de ser o conselho popular, e não ele, o julgador a quem compete formar tal convencimento.

Quanto à quantidade ou qualidade dos indícios colhidos, diz Mougenot Bonfim que a lei cobrou, “no que se refere à pronúncia, um *majus* em relação à presença de um simples indício, e um *minus* em relação à veemência desses”⁵⁸, ou, segundo Távora e Alencar, “enquanto para a denúncia se faz preciso um suporte probatório mínimo, para a pronúncia se requer um suporte probatório [...] médio”⁵⁹. Tais observações não se prestam a resolver o problema, se é que ele existe, já que não oferecem instruções ou parâmetros claros para o Magistrado avaliar a suficiência da acusação. Resolve-se com a conferência de discricionariedade para a análise casuística fundamentada.

⁵⁶ Neste sentido: PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 910; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 661.

⁵⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Júri: da pronúncia aos quesitos – a necessidade de clareza e lógica na nossa sistemática. In: *Revista da ESMAL*, nº 6 (2017). Disponível em: <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/80/22>>. Acesso em 6.3.2018.

⁵⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit.*

⁵⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Op. cit.*

De qualquer modo, cabe ao Magistrado, nessa fase, evitando excesso de linguagem acusatória para não contaminar o júri com a retórica do argumento de autoridade (*ethos*), apenas apontar os indícios existentes e delimitar tecnicamente o que poderá ser analisado no *judicium causae*⁶⁰.

Não se deve, contudo, compreender a restrição legal à atuação judicial como uma falta completa de atuação, transformando a decisão de pronúncia em um instrumento por meio do qual o Juiz se exime de qualquer responsabilidade acerca do resultado final daquele processo. Ciente de que a decisão meritória será soberana, e idealmente imutável, tão mais importante e relevante se mostra uma condução meticulosa de todo o *judicium accusationis* por ele.

Isso implica dizer que, sabedor das futuras e eventuais limitações cognitivas técnicas do conselho de sentença, o Magistrado deve conduzir todo o processo, desde a produção da prova até a redação de suas decisões, de modo a tornar o feito compreensível e acessível aos jurados leigos, o que pode se mostrar um desafio, como já dito, àqueles que mantêm um fetichismo de poder por meio da linguagem jurídica, mas que é uma particularidade especialmente relevante do Tribunal do Júri em seu aspecto de democratização do processo penal. Afirma Lima que “o julgador deve atuar com denodo, contemporizando as necessidades de extremo apuro técnico e simplificação redacional facilitadora da compreensão de seu teor”⁶¹.

Ao final, igualmente como reflexo da autopercepção judicial do impacto da sua decisão em um sistema que culminará numa decisão soberana, a valoração dos indícios, por mais cognitivamente superficial que seja, não pode ser irresponsável ao ponto de encaminhar acusações frágeis ao conhecimento do júri, como se o Magistrado pudesse se eximir de sua parcela de responsabilidade pelo julgamento daquele cidadão.

Nisso reside a importância da decisão de pronúncia, e a necessidade de serem previstos mecanismos recursais de impugnação às Cortes Superiores: é imprescindível que o feito chegue a julgamento popular fortalecido por um procedimento complexo que permita um controle prévio efetivo de questões técnicas que podem escapar à compreensão dos jurados leigos. As decisões de desclassificação, absolvição, e, principalmente, impronúncia devem ser vistas como uma possibilidade real, cuja existência não ofende, de nenhuma forma, a soberania dos

⁶⁰ PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas, p. 912.

⁶¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, 2017, p. 21.

vereditos, já que “não havendo *prova* da materialidade, inexistente *crime* a ser julgado; não existindo indícios suficientes de autoria, não há *agente* a ser submetido a julgamento”⁶².

Percebe-se, portanto, que o fato de a decisão do júri ser constitucionalmente soberana acabou por determinar um procedimento mais complexo e mais garantidor, ressalte-se, que o ordinário, com instâncias de controle e revisão prévias, e um duplo grau de jurisdição interlocutório, de modo a evitar, ao máximo, julgamentos arbitrários ou desprovidos de provas. Como já dito, a valoração dessas provas e a decisão final cabem aos jurados, que podem, inclusive, decidir de forma diversa do que decidiria um Juiz togado. Isso está dentro da esfera de possibilidade hermenêutica constitucional da soberania dos vereditos. Entretanto, deve-se trabalhar para que ele tome efetivamente as decisões com um espectro de provas o mais amplo e seguro possível.

Ferrajoli⁶³ trata a decisão judicial acerca de determinado fato como um saber-poder, ou seja, como uma conjunção de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), aduzindo que o Juiz possui o poder de coercitivamente impor a “verdade” acerca de determinado enunciado de fato. Neste contexto, saber e poder se manteriam inversamente proporcionais: quanto mais conhecimento do fato (provas) o Juiz tem, menos ele exerce sua autoridade, e quanto menos provas ele possui, mais potencialmente arbitrária será sua decisão. Se tal observação é pertinente para o Judiciário togado, vinculado à motivação de suas decisões, que dirá do Tribunal do Júri, a quem não é exigido fazê-lo.

Assim, essenciais os mecanismos de controle prévio submetidos a hipóteses recursais como forma de controle de questões técnicas e fortalecimento do conjunto probatório, de modo a reduzir a potencialidade para arbítrios de uma decisão que, constitucionalmente, será soberana.

3.2. O sistema recursal como controle posterior e o limite da devolutividade recursal em face das condenações impostas pelo Tribunal do Júri

Após a preclusão da decisão de pronúncia, o réu é submetido ao julgamento popular. Neste momento, será proferida, pelo juiz presidente, a sentença absolutória, desclassificatória ou condenatória, a depender do resultado da votação do conselho de jurados. Observa-se, claramente, que a sentença condenatória final é um instrumento decisório obtido da combinação

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 89.

⁶³ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

de vontades de um órgão julgador colegiado, cuja competência é constitucional e legalmente definida, impassível de confusão.

Ao Conselho de Sentença cabe a decisão sobre o mérito da acusação, definindo se condena, absolve ou desclassifica a acusação formulada pelo Ministério Público, e ao Juiz-Presidente cabe aplicar a decisão dos jurados, decidindo, se necessário, acerca do processo de dosimetria da pena. Diz-se que ela é uma decisão subjetivamente complexa⁶⁴, já que advém de um órgão colegiado heterogêneo e horizontal.

As decisões integram um mesmo ato judicial por sua interdependência objetiva (a dosimetria deve ser realizada nos estritos limites dos fatos reconhecidos pelo júri), mas são expressões de distinta cognição, pois os jurados analisam as provas para definir a existência do fato e a culpa do indivíduo, enquanto o Juiz parte da culpa reconhecida para mensurar a extensão da pena.

Embora integrantes de um único ato judicial, as decisões nela contidas possuem natureza diversa e estão sujeitas a impugnações específicas, segundo critérios estabelecidos pela legislação processual, o que acaba por gerar, necessariamente, momentos preclusivos distintos. O artigo 593, inciso III, do CPP estabelece que os fundamentos com os quais o acusado pode se insurgir contra a condenação do júri são: a) nulidade posterior à pronúncia; b) sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) erro ou injustiça na aplicação da pena; d) decisão dos jurados manifestamente contrária às provas dos autos.

As alíneas a, b e c, portanto, referem-se à parte da decisão, ou do processo, que coube ao Juiz togado, enquanto a alínea d é pertinente ao capítulo da decisão que foi fruto da deliberação dos jurados. É consolidada a jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que a devolutividade das apelações do júri é adstrita aos fundamentos da interposição, não podendo a Corte Recursal analisar matéria acerca da qual não houve insurgência da parte ré.

Isso porque, em sendo a decisão dos jurados constitucionalmente soberana, não poderia a Corte Revisora sobre ela decidir sem que tenha havido impugnação da parte prejudicada, sob pena de se violar precisamente esta soberania, já que se estaria suplantando a decisão popular pela do Estado, sem nenhuma provocação de sua jurisdição. Lembra-se: o duplo grau de jurisdição é um direito, não um dever. Vê-se, portanto, uma distinção das apelações criminais tradicionais em que não há esta salvaguarda constitucional, e, por

⁶⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Op. cit.*

consequente, as insurgências se revestem de ampla devolutividade, submetendo-se toda a matéria decidida à revisão dos Tribunais.

A discussão acerca da soberania dos vereditos surge, portanto, apenas na quarta hipótese recursal, referente à decisão manifestamente contrária às provas dos autos, já que se cuida de uma provocação à Corte Superior para que revise o mérito da acusação e das provas e realize um juízo de valor acerca da decisão do Tribunal do Júri. Entretanto, por força do direito-garantia da soberania, e de tudo que ela implica, decerto que a atuação da Corte Revisora enfrenta limites cognitivos, sendo, a anulação do julgamento com base em seu mérito, verdadeiramente uma exceção, apenas cabível “naquelas situações absolutamente incontestáveis nas quais a decisão dos jurados desbordou de toda prova existente nos autos”⁶⁵.

A jurisprudência vem seguindo esta linha, como será visto mais adiante, e tem cuidado da anulação da decisão dos jurados como medida extrema, praticamente com uma finalidade rescisória, já que não enfrenta discordância de valoração ou interpretação, mas apenas ausência completa de provas que sustentem a decisão e não permite a reforma do julgado, apenas a sua anulação e devolução para novo julgamento popular.

Embora anulações de absolvições sejam tecnicamente possíveis, caso seja acolhida tese exculpante que vá de encontro a toda e qualquer prova dos autos, o contrário não deveria ser verdadeiro. Idealmente, nenhuma condenação poderia ser considerada como manifestamente contrária às provas dos autos, já que, se assim o fosse e não houvesse algum indício que permitisse aos jurados a formação da conclusão incriminadora, não poderia sequer ter havido a pronúncia daquele acusado.

Apenas em um cenário de banalização da decisão de pronúncia pelo Judiciário togado, e pela equivocada compreensão de seu papel, poder-se-ia chegar a uma condenação que não encontra nenhum amparo nas provas dos autos. É um cenário possível, razão pela qual os mecanismos de controle ulterior são essenciais, mas é uma constatação que pode vir a explicar os baixos números de provimento de recursos fundamentados neste argumento.

Após esta digressão revisora das normas procedimentais do júri, e definidos os limites da devolutividade recursal, imperioso que se analise de que forma as peculiaridades do sistema de controle posterior da decisão do júri impactam na formação da coisa julgada.

⁶⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Op. cit.*, p. 1.205.

3.3. Redefinindo o trânsito em julgado penal a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no Tribunal do Júri

A coisa julgada é um dos institutos jurídicos mais relevantes para o direito, seja por seu papel na garantia da segurança jurídica, seja pela necessidade de sua estabilidade para conferência de legitimidade e força à atuação estatal. Diz Jordi Nieva-Fenoll que “se a coisa julgada não existisse em um ordenamento jurídico, haveria que inventá-la, porque é perfeitamente imaginável a insegurança jurídica que se derivaria da sua inexistência”⁶⁶.

Não houvesse estabilidade das decisões jurídicas, “ninguém saberia ao que se ater, e finalmente, deixaria de existir o aparato da justiça, vez que ninguém se socorreria dele para resolver seus problemas”⁶⁷, de modo que o objetivo da coisa julgada não é simplesmente a proteção do acusado ou do réu, e sim de toda a sociedade, que se vê em risco em face da possibilidade de mutação eterna dos juízos.

No processo penal, embora a coisa julgada assuma um papel essencial de garantia do acusado⁶⁸, igualmente é uma proteção da funcionalidade estabilizadora do sistema penal. Parte-se do pressuposto de que, embora os conflitos sociais possam assumir uma relativa perenidade, os conflitos processuais devem chegar a um fim, caso contrário não haveria mais qualquer confiabilidade social no aparato da justiça.

Muitas são as teorias que buscam fundamentar ou justificar a coisa julgada, desde teorias político-linguísticas a teorias jurídicas como a da ficção da verdade, presunção da verdade, força legal da sentença, eficácia da declaração ou teoria do quase contrato judicial⁶⁹, cujos desenvolvimentos não são pertinentes a este trabalho, mas que se indicam apenas como demonstração da complexidade do desenvolvimento dogmático acerca do tema.

Fosse este um conceito jurídico genuíno, na definição de Alexy⁷⁰, sua mudança implicaria uma proposta de mudança das normas a que se refere, o que não é o caso. A ideia de coisa julgada está presente em diversas normas jurídicas, mas não é por elas delimitado em toda a sua extensão, embora o novo Código de Processo Civil traga o conceito genérico de coisa

⁶⁶ NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad.: Antônio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016, p. 89.

⁶⁷ Ibidem, p. 90.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 252.

julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Desde logo destaca-se a filiação à tese de que, embora a expressão trânsito em julgado seja algo próprio das sentenças, não só a elas se confere efeitos estabilizadores. Independentemente de ser decisão interlocutória, sentença ou capítulo de sentença, é inegável que “qualquer decisão judicial pode ter efeitos de coisa julgada se contém pronunciamentos que requeiram estabilidade”⁷¹, como é o caso das decisões do Tribunal do Júri em razão do mandamento constitucional da soberania dos vereditos e das peculiaridades do sistema recursal.

A partir do momento em que não há impugnação, ou não há possibilidade legal de impugnação, acerca de determinado elemento da sentença condenatória do júri, ele se reveste dos efeitos da coisa julgada, adquire estabilidade e se torna impassível de reexame ou desvirtuação por juízo posterior. Badaró destaca acertadamente que a coisa julgada se dá tanto pelo esgotamento das vias recursais quanto pelo decurso *in albis* do prazo recursal⁷². Vale dizer, o duplo grau de jurisdição, longe de ser um dever, é um direito, de modo que não havendo insurgência, pelas partes, contra a decisão meritória do júri, ela transita em julgado formal e materialmente, independente do prosseguimento do feito em relação às impugnações quanto às decisões do juiz presidente.

Não se está a falar que isso ocorre com frequência ou em todos os casos. A interposição de apelação alegando nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, a), por exemplo, não permite tal efeito, já que, a princípio, tem potencial para afetar toda a sessão de julgamento, sindicando tanto a decisão do Juiz quanto a dos jurados, não havendo, ainda, estabilidade apta a conferir-lhe o *status* de coisa julgada. Da mesma forma, ao se alegar que a decisão do juiz foi contrária à lei ou à decisão dos jurados (art. 593, III, b), a contradição interna da sentença conjunta impede a formação da coisa julgada, pela necessidade de esclarecimento efetivo de seu conteúdo, para lhe conferir estabilidade.

Nos casos que se passa a abordar, a soberania dos vereditos e a formulação legal do sistema recursal impedem as Cortes Revisoras de virem a analisar o mérito da condenação para reformá-lo ou anulá-lo, de modo que resta indubitável o reconhecimento dos efeitos da coisa julgada, mesmo que sobre capítulos específicos da sentença e não sobre ela como um todo.

⁷¹ NIEVA-FENOLL, Jordi. *Op. cit.*, p. 196.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 547.

Como um exemplo claro de hipótese em que a soberania dos vereditos consolida uma coisa julgada parcial, traz-se o caso de apelações interpostas com fundamento exclusivo de revisão de dosimetria. No Tribunal de Justiça de Alagoas, pesquisa realizada para os fins deste trabalho, e mais bem esmiuçada nos próximos capítulos, revelou que tais recursos contemplam 21% do total de apelações interpostas entre 2013 e 2017.

Nesses casos, o capítulo da sentença atinente à culpa do réu – aqui entendida como reconhecimento de responsabilidade criminal pelo fato denunciado –, fruto de um veredito constitucionalmente soberano, não foi objeto de impugnação recursal pela parte condenada, que se limitou a questionar a atividade do Juiz e sua dosimetria. A soberania dos vereditos, como mandamento constitucional que impõe insindicabilidade à decisão dos jurados, funcionaria como elemento limitador de atuação da Corte Recursal, não podendo ela anular a condenação, uma vez que se trata de parte soberana da decisão, que não foi impugnada pela parte prejudicada.

Estando a coisa julgada intimamente ligada, no processo penal, à regra do *ne bis in idem*, Badaró afirma que ela implica uma estabilidade e uma imutabilidade dos fatos naturalísticos discutidos nos autos, em sua inteireza, independentemente da qualificação jurídica que lhe é dada⁷³. Deste modo, evidenciando-se uma impossibilidade de atuação da Corte Recursal acerca daqueles fatos julgados pelo júri, é inegável que se confere à condenação do réu um *status* de coisa julgada parcial, mesmo que *sui generis* no Processo Penal. Os fatos decididos soberanamente pelo júri transitam em julgado, uma vez que não podem legalmente ser objeto de revisão, passando a vincular quaisquer decisões futuras acerca do caso, no mesmo ou em outros processos.

Este efeito preclusivo decorrente do trânsito em julgado não pode ser mitigado pela Corte de Apelações mesmo que esta venha a discordar da decisão dos jurados, já que, como disse Nicolitt, “a sentença pode ser justa ou injusta, mas uma vez esgotada a possibilidade de ser atacada por recurso, passa a ser a manifestação da verdade, por força da coisa julgada”⁷⁴, sendo este o caso quando não há insurgência contra a condenação decidida pelos jurados.

Com tal conclusão, havendo condenação do Tribunal do Júri e sendo a apelação interposta fundamentada exclusivamente em suposto equívoco da dosimetria, não haveria nenhum impedimento para se determinar o imediato início do cumprimento da pena, já que há

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 549.

⁷⁴ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 901.

um reconhecimento judicial com força de coisa julgada reconhecendo a culpa do réu, o que nem sequer implicaria uma relativização ou mitigação do princípio da presunção de não culpabilidade em sua dita interpretação literal.

Outro caso legalmente regulamentado também oferece uma hipótese de coisa julgada parcial no procedimento especial do júri. Dada a natureza *sui generis* destas apelações criminais, necessariamente o provimento do recurso implica a realização de um novo julgamento, e não simplesmente a prolação de nova decisão. Qualquer hipótese normativa que implicasse a substituição da decisão popular pela de um Juiz ou Tribunal togado implicaria violação direta da própria *ratio essendi* normativo-constitucional do Tribunal do Júri e da soberania dos vereditos, como já visto no primeiro capítulo.

Observa-se claramente, então, que a realização de um novo julgamento implica a instauração da possibilidade de uma nova apelação. Contudo, para evitar a interposição sucessiva e protelatória de novos recursos, virtualmente infundáveis, o Código de Processo Penal trouxe uma disposição proibitiva de segundo apelo idêntico em face de julgamento refeito. Diz o parágrafo terceiro do artigo 593 que não se admite segunda apelação pelo mesmo motivo quando o julgamento foi anulado pela Corte Revisora.

Na hipótese de um réu ter sido absolvido em seu primeiro julgamento e o Ministério Público ter recorrido ao Tribunal de Justiça, caso os Desembargadores entendam não haver algum vestígio de prova que sustente a decisão absolutória dos jurados, devem submetê-lo a novo Tribunal do Júri. A partir do momento que o acórdão transita em julgado, já há uma manifestação meritória definitiva da Corte de Apelações no sentido da inadmissibilidade de um veredito absolutório, de modo que caso o réu seja condenado pelo segundo conselho de sentença, a defesa não poderia mais interpor apelação alegando decisão manifestamente contrária às provas dos autos, sob pena de violar a coisa julgada da primeira apelação. A igual conclusão se chega nas hipóteses de condenações anuladas convertidas em absolvições.

Outra discussão surge, entretanto, quando um Tribunal de Apelação reconhece que determinada absolvição/condenação foi manifestamente contrária às provas dos autos, e um novo júri, formado por outras sete pessoas, insiste naquela decisão. Neste caso é possível observar precisamente o papel da soberania dos vereditos como estabilizadores dos efeitos das decisões.

Diz Badaró que “seria inviável admitir a cassação de forma ilimitada, até que o julgamento do júri se conformasse à decisão do Tribunal de Justiça”⁷⁵. Caso fosse permitida a interposição sucessiva de novas apelações, e júris fossem sendo insistentemente refeitos por ordem de juízes togados, criar-se-ia uma hipótese em que o Poder Judiciário anularia tantos júris quantos fossem necessários para fazer valer sua decisão, o que não é compatível com o direito-garantia da soberania dos vereditos, que impõe a decisão final acerca dos crimes dolosos contra a vida ao povo, não ao Estado.

Desta forma, em sendo realizado um segundo julgamento e o veredicto venha a ser condenatório, a legislação impõe um óbice claro e definitivo à interposição de novo recurso, de modo que deve haver a determinação de início imediato do cumprimento da pena ante ao impedimento legal de revisão da conclusão fático-probatória dos jurados acerca da culpa do acusado.

A controvérsia surgiria na definição de que pena ele teria de cumprir, já que o *quantum* ainda estaria sendo discutido em grau recursal. Na prática, esta discussão pode vir a perder o sentido, já que, na pesquisa realizada, se evidencia que a média de penas aplicadas pelos juízes de Alagoas é em torno de 18 anos, enquanto o Tribunal de Justiça mantém uma média por volta de 16 anos⁷⁶, não sendo uma diferença significativa que possa vir a gerar prejuízo aos réus, porquanto inferior ao lapso temporal exigido para uma eventual progressão de regime nos crimes hediondos.

Todavia, em havendo impugnação contra o processo de dosimetria, seria ele um capítulo da sentença que não estaria atingido pelos efeitos da coisa julgada parcial que ora se defende, de modo que o Magistrado que determinar a execução imediata da sentença nestas hipóteses deverá levar em consideração tal circunstância na fundamentação de sua decisão.

Contudo, tendo-se como definitiva a condenação do réu pelo crime de homicídio, por exemplo, também é evidente que o processo de dosimetria não poderia conduzir a pena para alguém de mínimos legalmente estabelecidos, de modo que tampouco este patamar de piso pode ser afetado pela decisão recursal. Poder-se-ia, então, considerar como transitada em julgado a

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 839.

⁷⁶ Pesquisa realizada a partir da média das penas constantes das sentenças que foram objetos de apelação junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas entre 2013 e 2017, em metodologia adiante detalhada. A média de pena da segunda instância foi obtida tanto a partir daquelas dosadas diretamente pela Câmara Criminal quanto por aquelas mantidas sem reparos em recursos improvidos.

condenação do réu por aquele crime à pena mínima, utilizando-se este indicador como referência para cálculo dos benefícios da execução, enquanto tramitam seus recursos.

Em síntese, dada a imutabilidade legal deste capítulo da decisão (condenação), e a impossibilidade de outro Juiz ou júri rever seu mérito, estas duas hipóteses (recurso exclusivo de dosimetria e condenação após julgamento refeito) evidenciam claramente a formação de uma coisa julgada parcial desde a primeira instância, atinente à responsabilidade criminal do indivíduo pelo fato processado, já que a culpa do réu (parte meritória da decisão, de responsabilidade do corpo de jurados) legalmente não pode mais ser objeto de impugnação.

3.3.1. A coisa julgada parcial a partir da confirmação da condenação em segunda instância

As duas primeiras hipóteses até aqui abordadas fornecem fundamentação jurídica apta a determinar, nestes casos específicos, o início de cumprimento da pena imposta pelo Tribunal do Júri desde a condenação em primeira instância, uma vez que nela precluiria a análise fático-probatória e a decisão acerca da culpa do réu se revestiria dos efeitos do trânsito em julgado. Entretanto, com a construção da ideia de uma coisa julgada parcial ante a impossibilidade legal de revisão da conclusão meritória soberana do conselho de jurados, mostra-se lógica a conclusão de que também é possível o início de cumprimento de pena após a confirmação da condenação em segunda instância, para os demais casos.

É indiscutível que, nos dispositivos relativos ao sistema recursal brasileiro, a Constituição destituiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF do papel de terceira e quarta instância revisora, relegando a eles o papel de uniformizadores da interpretação de leis federais e da Constituição, com recursos destinados apenas a discussões jurídicas, sem possibilidade de reavaliação ou reforma das conclusões fático-probatórias alcançadas pelas instâncias inferiores, alçando-os à condição de Cortes Supremas, segundo acertadamente concluiu Daniel Mitidiero⁷⁷. Diz ainda Nicolitt que “o objetivo destes recursos é assegurar a autoridade e a uniformidade na aplicação e interpretação da Constituição [...] e das leis federais”⁷⁸.

Tal questão se reforçaria com a incorporação, ao processo interpretativo, do art. 102, § 3º, da Constituição, que teria criado o requisito da repercussão geral para o conhecimento dos

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

⁷⁸ NICOLITT, André. *Op. cit.*, p. 957.

recursos extraordinários, fortalecendo a tese de que a Constituição não pretendeu o Supremo Tribunal Federal como revisor de equívocos específicos cometidos nas instâncias inferiores (igual dispositivo está em via de aprovação no Congresso Nacional, para os recursos especiais⁷⁹).

Com esse requisito, mesmo que o Supremo Tribunal Federal verifique a incorreção ou injustiça de alguma decisão, ele não poderia conhecer do recurso extraordinário para intervir no caso quando não demonstradas a relevância e a transcendentalidade da matéria, ou seja, quando não provado que aquela decisão serviria a um propósito jurídico uniformizador que supere a necessidade do caso concreto, o que geralmente não ocorre nos casos penais em que se discute a responsabilidade criminal de um indivíduo específico.

Este fora, inclusive, um dos fundamentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar sua decisão de ampla e irrestrita execução provisória da pena após confirmação em segunda instância no HC 126.292/SP: a consolidação da discussão fático-probatória no julgamento das apelações criminais⁸⁰.

Mitidiero entende ser incorreto dizer que as Cortes Supremas (como seria o caso do STJ e do STF) não examinam fatos, já que o caso submetido à sua decisão “depende de uma sólida e recíproca influência entre fatos e normas, o que denota a unidade fático-normativa da causa”⁸¹. Segundo o autor, o que se proíbe é que as Cortes Supremas realizem novas valorações probatórias das alegações de fato, vale dizer, eles analisam efetivamente os fatos, mas pressupondo a valoração probatória realizada pela instância ordinária, utilizando ela como premissa para sua análise do Direito e formação do precedente⁸².

Com base neste raciocínio, diferencia a análise de fatos realizada pelos Tribunais de Apelação e pelas Cortes Supremas não sob uma perspectiva ontológica, mas teleológica, referente às funções desempenhadas por cada Tribunal no Estado Constitucional⁸³. Nesta lógica, o autor busca construir a ideia de que a causa transita em julgado na segunda instância

⁷⁹ Trata-se do Projeto de Emenda à Constituição nº 209/12, aprovado em dois turnos na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, conforme se vê em noticiários virtuais como: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-16/pec-cria-filtro-recurso-especial-aprovada-camara>>. Acesso em 6.3.2018.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 19.2.2016.

⁸¹ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 77.

⁸² Ibidem, p. 78.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. P. 106.

(já que nela são definidas todas as premissas fáticas impassíveis de reavaliação probatória), enquanto os recursos às Cortes Supremas se destinam ao trânsito em julgado do precedente.

Entretanto, como regra geral, esta é uma conclusão que pode trazer incongruências a certas situações no Processo Penal. Isso porque, a responsabilização criminal de um indivíduo não depende única e exclusivamente da avaliação dos fatos, havendo também discussões jurídicas que se mostram extremamente relevantes para o estabelecimento das premissas de cumprimento da pena. Em muitos casos, a própria ocorrência do crime depende da solução de uma controvérsia puramente jurídica, como nos processos em que há divergência acerca da tipicidade de determinada conduta faticamente incontroversa.

O que diferencia o procedimento do júri, e que justifica a adoção desta ideia como regra para a consolidação de uma coisa julgada na segunda instância, é precisamente a duplicidade de suas fases, o que acaba por criar um contexto em que as eventuais discussões jurídicas atinentes à tipicidade do caso são solucionadas já na fase da pronúncia que, repise-se, pode ser analisada por todas as instâncias recursais do nosso sistema de justiça.

Dessa forma, havendo julgamento da apelação criminal, há consolidação da discussão fático-probatória, que não poderá ser levada, por qualquer hipótese recursal constitucional, à reavaliação dos Tribunais Superiores, de modo que há estabilidade plena para o capítulo da decisão referente à culpa do réu, podendo-se falar em coisa julgada apta a justificar o início de cumprimento da pena.

Igual conclusão pode ser construída por uma interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais em estudo, pois, como visto, a estrutura do sistema recursal do Tribunal do Júri conduz à conclusão de uma completa inocuidade e imprestabilidade dos recursos excepcionais para rever as premissas que fundamentam a culpa do indivíduo, de modo que não há lógica em um mesmo texto constitucional obstar o cumprimento da pena em razão de insurgências recursais que o próprio texto constitucional destituiu da habilidade de rever seu fundamento.

Com essa peculiaridade em mente, pode-se chegar à seguinte conclusão: por que razão a Constituição preservaria o direito de o acusado evitar o cumprimento de uma condenação soberana imposta pelo júri, quando os Tribunais Superiores não teriam competência constitucional para rever seu mérito? Nos casos em que não há matéria jurídica relevante em discussão, não há coerência entre os modais deônticos oriundos das interpretações destes artigos.

Neste raciocínio, oriundo do contexto específico das condenações do júri, em que há um duplo grau interlocutório e uma limitação da devolutividade recursal derivada da soberania dos veredictos, observa-se uma contradição sistêmica entre a interpretação tradicional da presunção de não culpabilidade e o sistema recursal constitucional das Cortes Superiores, sendo solucionado apenas com a permissividade geral de início de cumprimento da pena após a confirmação em segunda instância, quando a matéria fático-probatória pode, ainda, ser objeto de análise, mesmo que superficial.

Enfim, conclui-se que a partir do reconhecimento da sentença condenatória do Tribunal do Júri como sendo uma decisão subjetivamente complexa, formada pela conclusão de dois julgadores distintos (os jurados quanto à condenação e o juiz quanto à pena), e de que estes elementos possuem momentos distintos de preclusão, não é difícil perceber como tal aspecto repercutiria na definição do momento inicial de cumprimento da pena.

Para se chegar a esta conclusão, não haveria sequer a necessidade de se superar a literalidade do art. 283 do CPP ou o princípio da presunção de não culpabilidade. Vale dizer, se ninguém pode ser considerado culpado (ou preso) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a partir do momento em que a condenação imposta pelo júri não é passível de revisão por qualquer outro juiz (em recursos exclusivos de dosimetria, julgamentos refeitos ou confirmação em segunda instância), o capítulo da sentença pertinente ao reconhecimento de sua responsabilidade penal pelo fato adquire estabilidade preclusiva, de modo que o réu passa a ser dogmática e constitucionalmente considerado culpado, podendo, em decorrência desta conclusão, iniciar o cumprimento de sua pena.

Como toda regra geral, obviamente que pode haver exceções, notadamente nos casos de recursos especial ou extraordinário que apresentem discussão jurídica com a potencialidade de eventualmente anular a sessão de julgamento. Acerca destes casos, em que não há eficácia preclusiva, cuidará o próximo capítulo deste trabalho, cabendo ressaltar, contudo, não haver volume suficiente de casos para se fixar uma regra geral, mas apenas para fundamentar as inevitáveis exceções.

Assim, a partir de uma construção dogmático-processual de reformulação do conceito de coisa julgada e de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, chega-se à conclusão de que também a confirmação em segunda instância configura fundamento legal e constitucionalmente adequado ao início de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri.

4. A SOBERANIA DOS VEREDITOS COMO FUNDAMENTO PARA FINS DE EXECUÇÃO ANTECIPADA NAS CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO

Toda a discussão empreendida até este momento demonstra apenas uma parcela da pluralidade de formas com que a soberania dos vereditos interfere na compreensão do sistema de justiça penal dos crimes dolosos contra a vida, desde o aspecto ideológico democrático que a orienta até sua influência na formação da coisa julgada e na definição de novas regras procedimentais para seu processamento.

Da mesma forma, em ela desempenhando um papel na formulação de marcos preclusivos distintos, concluiu-se pela possibilidade de execução antecipada da pena em determinadas hipóteses, sem que haja superação ou mitigação da dita interpretação literal da presunção de não culpabilidade, ante a satisfação do requisito da coisa julgada da culpa. A discussão que necessariamente deve se seguir é quanto à possibilidade de execução imediata de penas não transitadas em julgado, com os marcos temporais da primeira ou da segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, reforçada no julgamento das MC-ADI 43 e 44, procedeu a uma reformulação do sistema processual brasileiro ao autorizar a execução provisória da pena após a confirmação em segunda instância. Independentemente de ser uma das decisões mais criticadas da Suprema Corte dos últimos anos, há elementos argumentativos sólidos que resistem às intempéries políticas que eventualmente podem levar à sua reversão.

Desse modo, não se trata de aceitar a decisão acriticamente, reproduzindo a verdade produzida pelo poder do discurso judicial, mas de promover uma reflexão acerca dos fundamentos que a orientaram, agregando novos elementos constitucionais para o fortalecimento de sua racionalidade, em especial com as especificidades típicas do procedimento do júri e da soberania dos vereditos.

4.1. Breve análise e crítica das razões de decidir do Supremo Tribunal Federal no *HC 126.292/SP* e *MC/ADC 43/44*

Importante destacar que a forma de deliberação colegiada do Supremo Tribunal Federal é similar à do direito inglês e escocês, referenciada por Neil MacCormick⁸⁴, no sentido de que a decisão final resulta da conjugação de votos individuais dos Ministros, cada qual elaborando sua própria argumentação – por vezes contraditória com a de outro voto alinhado à mesma conclusão. Não há propriamente uma deliberação, no sentido de debates na busca de um consenso argumentativo ou uma linha comum, mas sim uma simples agregação de ideias complexas⁸⁵.

Em busca de facilitar a compreensão integral dos efeitos da tese firmada como precedente, deve-se tentar compreender a decisão como um todo uniforme, agrupando elementos argumentativos utilizados por mais de um Ministro.

Analisando criticamente a decisão do STF no julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292/SP, pode-se perceber que ela foi construída em quatro fases: (i) o estabelecimento da premissa, a partir de uma interpretação sistêmica dos incisos LVII e LXI do art. 5° da Constituição, de que não há impedimento constitucional para a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal; (ii) a adoção do referencial teórico da presunção de não culpabilidade como princípio, realizando seu sopesamento com outros interesses constitucionais em jogo, permitindo uma afetação moderada em prol do prestígio à efetividade da lei penal; (iii) a exposição de argumentos de direito comparado e pragmáticos para justificar o escalonamento de preferências realizado no sopesamento, assim como para cumprir o ônus argumentativo da ruptura do precedente, amparado, ainda, no sentimento constitucional; (iv) o desenvolvimento da argumentação subsidiária para conformar sua conclusão com os defensores da pretensa interpretação literal da presunção de não culpabilidade, consistente na reformulação do conceito dogmático de trânsito em julgado penal, assim como pela definição da liberdade após confirmação da condenação em segundo grau como uma violação *a priori* à ordem pública⁸⁶.

⁸⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168.

⁸⁶ RODRIGUES, Paulo Gustavo. Os reflexos do julgamento do *habeas corpus* n° 126.292/SP nas condenações impostas pelo tribunal do júri. In: *I Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: anais*. Alberto Jorge de Barros Lima et. al. (Coords.). Maceió, AL: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, FUNDESMAL, 2016, p. 812.

Nos meses seguintes à decisão, dos esperados argumentos de que a decisão foi desacertada⁸⁷, retrógrada⁸⁸ ou que teria criado um perigoso precedente⁸⁹, chegou-se a afirmações de que a Suprema Corte “apunhalou um direito fundamental”⁹⁰, envergonhou a comunidade jurídica e acadêmica brasileiras e rasgou a Constituição nesse julgamento⁹¹, poucos sendo os críticos que à época realmente se debruçaram na fundamentação utilizada pelo STF para rebater suas premissas ou questionar seus elementos argumentativos. Tal providência é essencial, já que há um desenvolvimento teórico consistente que se pode abstrair da análise conjunta dos votos dos Ministros, que elaboraram racionalmente as razões jurídicas e fáticas embasadoras da decisão.

Sem a pretensão de um longo esboço analítico e crítico da decisão⁹², até porque a pretensão deste trabalho é construir a legitimidade da tese a despeito do Supremo Tribunal Federal, e não em decorrência dele, impende identificar algumas problemáticas relevantes.

A fragilidade essencial é que nem o argumento principal de sopesamento nem o subsidiário de reformulação dogmática se prestam a fundamentar uma regra geral universalmente cogente, como pretenderam os Ministros, o que acabou permitindo uma abertura hermenêutica excessiva, que pode vir a gerar aplicações destoantes dos fundamentos jurídicos que legitimam a tese (embora não necessariamente destoantes da ideologia que orientou a Suprema Corte a firmá-la).

Estabelecer a tese de que a pena deve se iniciar a partir do julgamento em segunda instância, sem fixar as condições nas quais esta tese deveria prevalecer (um dos elementos da própria teoria de Alexy, invocada como referencial teórico pelo Ministro Barroso em seu voto),

⁸⁷ HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de Emergência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 17 de fevereiro de 2016, 21h31. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>. Acesso em 31.5.2016

⁸⁸ OLIVEIRA, Marlus H. Arns; MICHELOTTO, Mariana N. Presunção de Inocência – Avanço ou Retrocesso. *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 4. 2016. pp. 11-12.

⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. In: *Revista Consultor Jurídico*, 23 de fevereiro de 2016, 8h10. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>. Acesso em 31.5.2016.

⁹⁰ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: A presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*. Nº 281. Abril/2016.

⁹¹ TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “Um Réquiem para a Presunção de Inocência”. *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 4. 2016. pp. 8-10.

⁹² Nossas análises e críticas foram expostas em maior profundidade em outras oportunidades, tais como em: RODRIGUES, Paulo Gustavo; KRELL, Andreas J. Uma análise crítica da argumentação constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Ano 15, Vol. 22. Belo Horizonte: Fórum, 2012; e RODRIGUES, Paulo Gustavo. O ônus argumentativo da ruptura com o precedente: Uma análise da argumentação utilizada pelo STF no HC 126.292/SP. In: KRELL, Andreas; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *A interpretação/aplicação do Direito no Brasil: em Busca de um Padrão Hermenêutico para a Constituição de 1988*. 1ed. Recife: APPODI, 2016, v. 1, p. 164-181.

acabou por gerar diversas situações que não haviam sido idealizadas pela Corte, como a execução provisória em ações penais originárias⁹³, execução provisória de penas restritivas de direito⁹⁴ ou mesmo a execução em primeira instância após condenação imposta pelo júri, tese que vem sendo desenvolvida nesta monografia.

Tais interpretações diversas, as sinalizações de mudanças de entendimentos dos dois lados da tese e as intempéries políticas que vêm orientando a jurisdição constitucional da Suprema Corte têm levado alguns dos Ministros a defender novos julgamentos colegiados para a pacificação de algumas situações⁹⁵, o que pode conduzir a uma tese mais restrita, do ponto de vista argumentativo, ou à sua superação integral.

Daí a importância de se desenvolver a tese para além dos argumentos invocados pelo STF, de modo a não se amparar unicamente na verdade instituída coercitivamente pelo poder, blindando-a dos fatos meta e extrajurídicos que podem conduzir à mitigação ou à reversão da tese no âmbito da jurisdição constitucional.

4.2. Prisão antes do trânsito em julgado como possibilidade constitucional: uma premissa necessária

A interpretação sistêmica, ou sistemática, é um dos cânones interpretativos clássicos de Savigny e se relaciona com a ideia de unidade e harmonia do sistema jurídico. Pretende que as normas constitucionais e legais sejam sempre interpretadas de modo a manter a coerência e a coesão do ordenamento como um todo. Assim, a forma mais importante de argumento sistemático é aquela que analisa a relação lógica entre as normas, indicando e solucionando contradições⁹⁶.

Entretanto, como Andreas Krell observa, “a alegação que certa interpretação de um termo jurídico se acha ‘conforme com o sistema’ não passa de uma proposta, que pode convencer mais, ou menos, necessitando sempre de argumentação em seu favor”⁹⁷, mormente

⁹³ Como o caso do Desembargador Evandro Stábile (TJMG), preso por ordem do Superior Tribunal de Justiça após sua condenação (<https://www.conjur.com.br/2016-abr-06/stj-decide-prisao-desembargador-evandro-stabile-tj-ms>) e solto pelo Ministro Ricardo Lewandowski (<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/08/stf-manda-soltar-desembargador-condenado-por-venda-de-sentenca.html>) por compreensão liminar de que o caso não se enquadraria no precedente.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no EREsp 1619087/SC*. Terceira Seção. Relatoria para o Acórdão do Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14/6/2017. Publicado em 24/8/2017.

⁹⁵ Conforme noticiado em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministros-da-1a-turma-defendem-pacificacao-no-stf-sobre-execucao-antecipada-de-penas/>

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2011, p. 237.

⁹⁷ KRELL, Andreas J.. Entre o desdém teórico e a aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: *Revista Direito GV, São Paulo*. 10 (1), Jan.-Jun./2014, p. 305.

quando está em jogo a interpretação de princípios constitucionais, cujos conflitos são solucionáveis mediante a ponderação de interesses e valores.

No caso específico, qualquer discussão acerca da execução provisória da pena implica revisitar o princípio da presunção de não culpabilidade, especificamente em sua interpretação segundo a qual a decisão condenatória penal somente poderia ser executada, e o réu apenas poderia ser recolhido à prisão, após o julgamento de todos os recursos interpostos nas Cortes Superiores.

Os principais elementos normativos que foram invocados pela Suprema Corte no julgamento do *HC 126.292/SP*, como parâmetro para a interpretação sistêmica da presunção de inocência, foram os artigos 5º, LXI, 102 e 105, § 3º, da Constituição Federal, e, por estar se tratando especificamente das decisões do júri, deve-se incluir, necessariamente, a soberania dos vereditos, para consolidar a especificidade dos crimes dolosos contra a vida que orienta esta monografia.

Os artigos que delimitam o sistema recursal já foram devidamente analisados no capítulo anterior, quando se chegou à conclusão de que a impossibilidade de reavaliação do mérito fático-probatório delineado pelo Tribunal do Júri implica a formação de uma coisa julgada da culpa do condenado, apta a determinar o cumprimento da sua pena em segunda instância como regra geral, à exceção das hipóteses em que seja suscitada fundamentação de matriz essencialmente jurídica que tenha a pretensão de desconstituir o próprio julgamento.

Entretanto, outra norma foi utilizada pelo STF para confronto com a interpretação superada da presunção de não culpabilidade, qual seja a contida no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”⁹⁸. É sintomático o fato de a Constituição Federal ter se utilizado de expressões diversas nos incisos LVII e LXI do art. 5º, não condicionando a prisão ao reconhecimento de culpa ou qualquer outro elemento material, mas apenas uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.

Assim, de modo que os referidos incisos não colidam em contradição sistêmica, outra conclusão não seria possível senão a de que a Constituição não condiciona a prisão de um cidadão ao trânsito em julgado da sentença condenatória, mas apenas a uma ordem escrita e fundamentada de um magistrado, consagrando a reserva de jurisdição para a constrição de liberdade.

⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 4.11.2017.

Sobeja razão à Suprema Corte neste aspecto, já que entender que o princípio da presunção de não culpabilidade seria um obstáculo constitucional intransponível à prisão antes do trânsito em julgado estaria em manifesta contradição com o art. 5º, LXI, da Constituição e com as diversas outras formas de prisão contidas na própria Constituição, em tratados internacionais e no restante do ordenamento jurídico, como as custódias cautelares tradicionais (flagrante, preventiva e temporária), a prisão civil de devedor de alimentos e as prisões para extradição, expulsão ou deportação.

Ademais, no art. 86, § 3º, da Constituição, por exemplo, afirma-se que “enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão”⁹⁹, novamente trazendo dispositivo autorizativo da prisão sem nenhuma menção ao esgotamento das opções recursais.

A prisão antes do trânsito em julgado, portanto, é uma possibilidade constitucional que exige apenas uma ordem escrita de autoridade judicial competente, a partir de fundamentos legais ou constitucionais, e aqui se acha a principal celeuma: qual e onde reside o fundamento para se iniciar a pena de prisão após a confirmação de segunda instância, ou, no caso do júri, quiçá a primeira instância?

Estabelecida a premissa de que não há impedimento para a prisão antes do trânsito em julgado, desde que haja reserva de jurisdição amparada em um fundamento constitucional sistemicamente coerente, é essencial que se indique, especificamente, quais seriam as razões para se autorizar o início imediato do cumprimento de penas não transitadas em julgado, resultantes de vereditos soberanos, suas hipóteses e condições.

Os detratores da decisão indicam que, enquanto as demais modalidades de prisão encontram fundamento na instrumentalidade de certas finalidades processuais, a execução provisória da pena não poderia, como pena que o é, encontrar outro fundamento senão na culpa do indivíduo, a qual, segundo o princípio constitucional da presunção de inocência, somente seria determinada pelo trânsito em julgado¹⁰⁰. Esta visão foi consagrada pelo legislador ordinário na nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, modificada neste sentido pela Lei nº 12.403/2011.

Uma análise sistêmica do texto constitucional novamente conduz a possibilidades hermenêuticas diversas, mormente nos casos dos crimes dolosos contra a vida, fundamentadas no sopesamento de outros princípios constitucionais em jogo, como se passará a abordar.

⁹⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Op. cit.*

¹⁰⁰ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação constitucional do STF no HC 126.292. In: *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 4. 2016, p. 7.

4.3. Fundamentos constitucionais para execução antecipada das penas não transitadas em julgado

Até então, construiu-se a ideia de que a soberania dos veredictos e as peculiaridades do procedimento do júri permitem momentos preclusivos distintos à decisão condenatória do conselho de sentença, a autorizar o início de cumprimento de pena em primeira ou segunda instância, a depender do caso, estando o início na segunda instância igualmente fundamentado numa interpretação sistêmica do texto constitucional.

Uma hermenêutica constitucional mais aprofundada permite a conclusão de outras hipóteses, especialmente quando se contemplam diversos outros direitos fundamentais que normalmente não integram as discussões no campo da academia penal, relacionados à segurança pública e ao necessário controle social protetivo de bens jurídicos exercido pelo Direito Penal.

4.3.1. O delineamento do conflito entre normas fundamentais: os princípios e suas dimensões de peso

A distinção entre princípios e regras adotada neste trabalho é essencialmente aquela desenvolvida por Robert Alexy, a qual, embora criticada por diversos setores da doutrina brasileira, ganhou notável relevância nas ciências jurídicas mundiais e oferece uma maior possibilidade de interpretação evolutiva e adaptação das normas às novas realidades constitucionais.

Para ele, as regras seriam descrições objetivas de condutas e consequências jurídicas, aplicáveis mediante a subsunção direta, dadas a objetividade e a literalidade de suas disposições. Ou seja, havendo o enquadramento da hipótese legal com o fato concreto, a regra deve incidir completamente (se X, então Y). Sendo a regra ou aplicada inteiramente ou completamente rejeitada, defende-se que o conflito entre regras implica a criação de cláusula de exceção ou a invalidade de uma delas.

Os princípios, por outro lado, seriam verdadeiros mandados de otimização¹⁰¹, aplicados com maior ou menor intensidade em cada caso, por meio da ponderação, sem que isso necessariamente os torne inválidos. A norma fundamental seria abstraída do princípio não

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

por sua interpretação gramatical, mas a partir das condições fáticas e jurídicas resultantes da colisão com outras normas.

A presunção de não culpabilidade é tratada pelo Supremo Tribunal Federal, e maior parte da doutrina, com razão, como princípio¹⁰². Ao enunciar que não se deve considerar alguém culpado – sem definir textualmente o que seria culpa (dada a natureza polissêmica da expressão culpabilidade na dogmática penal) –, tampouco as implicações desta consideração – o art. 5º, LVII, da Constituição Federal – pretenderam uma orientação da atividade estatal, com as diversas consequências dela derivadas.

A presunção de não culpabilidade, assim, está umbilicalmente ligada às regras processuais que dizem respeito à distribuição do ônus da prova, ao devido processo legal, à ampla (ou plena) defesa e contraditório, ao juiz natural, à não autoincriminação e inadmissibilidade de provas ilícitas, todas elas confluentes para um estado de coisas em que o acusado surge como inocente em face da acusação estatal, somente podendo se destituir completamente deste *status* após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, como princípio, a presunção de não culpabilidade não implica uma consequência lógica diretamente subsumível (enquanto não transitar em julgado a sentença, o réu não pode ser preso, por exemplo); ela descortina um mandamento para que a constituição, a legislação e o intérprete otimizem o ordenamento jurídico em confluência com a presunção de inocência do réu, na maior medida possível.

Princípios como o da presunção de não culpabilidade são, por conseguinte, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, determinadas estas pelos princípios e regras colidentes¹⁰³. Tal determinação ocorre por meio do processo de ponderação, consistente na análise conjunta das normas envolvidas e das circunstâncias fáticas, para concluir-se pelo grau de realização de cada princípio no caso concreto.

O conflito entre direitos fundamentais surge, segundo Alexy, quando “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios”¹⁰⁴. Importa, desta forma, identificar quais as normas em

¹⁰² Cumpre destacar que o Ministro Luis Edson Fachin, em trechos de seu voto no HC 126.292/SP, se refere ao art. 5º, LVII, da Constituição como regra, o que parece mera impropriedade terminológica, já que desenvolveu seu raciocínio como se princípio fosse; para além, o Ministro Luiz Fux, no julgamento do famoso caso da Ficha Limpa, também definiu a presunção de inocência como regra, mas isso não está em contradição com sua fundamentação específica, que não buscou superar a dita interpretação literal e trabalhou com a reformulação dogmática do conceito de coisa julgada.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 90.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 92.

tensão e quais seriam estes resultados inconciliáveis que necessitariam de uma ponderação proporcional para a solução do momento inicial de cumprimento da pena dos condenados por crimes dolosos contra a vida.

De pronto, observa-se que a aplicação isolada do princípio da presunção de não culpabilidade levaria, fora dos casos de coisa julgada parcial já construídos no capítulo anterior, à necessidade de início de cumprimento da pena apenas quando encerradas todas as possibilidades recursais perante a integralidade do sistema de justiça delineado pela Constituição Federal. Quando se atingisse efetivamente o trânsito em julgado, portanto.

Doutra banda, caso aplicado isoladamente o direito fundamental à soberania dos veredictos, sem consideração alguma à presunção de não culpabilidade, o réu necessariamente deveria sair, da sessão do Tribunal do Júri que o julgou culpado, diretamente ao cárcere, para início do cumprimento de sua pena, já que a sua responsabilidade criminal teria sido firmada com força constitucional de uma decisão popular, garantindo-se ao povo selecionado o direito de fazer cumprir aquela parcela de soberania que resguardou para si.

Aliam-se, à soberania dos veredictos, outros direitos fundamentais relevantes cujas aplicações isoladas poderiam levar a conclusões inconciliáveis com aquela obtida pela consideração exclusiva da presunção de não culpabilidade, como a duração razoável do processo, o direito à segurança pública, além dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade, por exemplo, que permanecem afetados com a liberdade de um indivíduo condenado por ofendê-los.

Segundo Luís Roberto Barroso, estes direitos conglobariam em um dito interesse constitucional na efetividade da lei penal, já que “esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade”¹⁰⁵, justificando discussões acerca da funcionalidade da pena nas sociedades modernas, mais bem desenvolvidas no último capítulo deste trabalho.

Delineado o conflito, impende demonstrar de que forma ele será solucionado. Robert Alexy, com conceitos emprestados de Ronald Dworkin, afirma que o conflito entre princípios se solucionará na dimensão do peso, e não da validade, de modo que, segundo ele, certas condições podem conferir peso superior a determinado princípio, justificando sua precedência em relação a outro, alterando-se a conclusão a depender da mudança destas mesmas condições¹⁰⁶.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n° 126.292/SP*. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 93.

Quanto à extração do conteúdo normativo da soberania dos vereditos, e do seu peso como direito fundamental de dúplate expressão, o primeiro capítulo deste trabalho se dedicou a isso. Vê-se, claramente, que ela conflui em um mandamento constitucional de conferência de poder à decisão do povo, em contraponto à do Judiciário togado, e limita as possibilidades de atuação estatal na revisão do mérito desta decisão.

Cabe, neste momento, dimensionar os demais princípios envolvidos, de modo a construir racional e logicamente as soluções proporcionais para os seus conflitos.

De um lado, apresenta-se a presunção de inocência, ou não culpabilidade, a qual costuma ser um instrumento normativo dividido, nos ordenamentos jurídicos pelo mundo, entre ser apenas uma regra de distribuição de ônus probatório, uma proteção contra punição estatal prévia à condenação ou consagrar ambas as suas funcionalidades¹⁰⁷. Diz Quintard-Morénas, contudo, que um estudo cuidadoso de antigas fontes de lei revela que ambas as ideias emergiram essencialmente ao mesmo tempo, uma vista como extensão lógica da outra¹⁰⁸.

Assim, como corolário do devido processo legal, a presunção da inocência é delineada “como um direito natural, inalienável e fundamental da pessoa humana”¹⁰⁹, e, também, “mas não menos importante, como a regra processual segundo a qual o cidadão não está obrigado a fornecer provas sobre sua inocência, posto que é previamente presumida”¹¹⁰.

Direito fundamental construído no decorrer da história a partir dos traumas de experiências autoritárias inquisitivas, e positivado em praticamente todos os documentos internacionais de direitos humanos e constituições democráticas, a presunção de inocência indubitavelmente encontrou solo fértil para seu desenvolvimento na América Latina.

Afora o histórico de colonizações violentas, exploração europeia e processos conturbados de independência, que deixaram marcas históricas de resistência à opressão, é notório que, durante as décadas de 60, 70 e 80, os países da América Latina foram palco de golpes de Estado que instituíram regimes ditatoriais e autoritários, criando uma aura antidemocrática que assolou a região e favoreceu um estado de violação constante e institucionalizada de direitos humanos. As notícias históricas deste período dão conta da violação dos mais básicos direitos e liberdades, não sendo poucos os casos reportados de

¹⁰⁷ QUINTARD-MORÉNAS, François. The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions. In: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 58, 2010, p. 107-150.

¹⁰⁸ “A careful review of ancient law sources reveals that both ideas emerged essentially at the same time, one being viewed as a logical extension of the other”. Ibidem, p. 110, tradução nossa.

¹⁰⁹ BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 24.

¹¹⁰ BENTO, Ricardo Alves. *Op. cit.*, p. 24.

execuções sumárias, desaparecimentos, torturas, perseguição político-ideológica, prisões arbitrárias e abolição de direitos de expressão, reunião e associação¹¹¹.

Apenas no final do século é que se iniciaram os processos internos de redemocratização, e, com isso, a difusão dos direitos humanos, consagrados internacionalmente, nos ordenamentos positivos da região. Interessante notar, como fez Luño, que em seu significado axiológico objetivo, os direitos fundamentais representam o resultado do embate das forças sociais, das relações de tensão e cooperação por objetivos comuns¹¹².

Assim como o momento revolucionário do século XVIII importava na rejeição de todos os ideais vinculados ao *ancien régime*, permitindo o desenvolvimento dos direitos e liberdades fundamentais que hoje se conhecem, também a América Latina, no período de redemocratização, passou a orientar suas construções normativas a partir de uma tentativa de expurgo dos vestígios autoritários dos regimes ditatoriais, ao menos em um nível constitucional.

O passado comum e a similitude dos movimentos e momentos políticos dos países da América Latina permitiram o desenvolvimento de Constituições muito similares quanto aos direitos fundamentais e liberdades públicas, especialmente por eles se refletirem sempre como um ponto de resistência às práticas autoritárias que marcaram o período vencido. Gonzalo Aguilar Cavallo observa que, nas últimas três décadas, desenvolveu-se um corpo comum de princípios e regras compartilhados pelos Estados latino-americanos, fruto da evolução política, social e institucional, além da interação entre os ordenamentos internos dos Estados e o diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos¹¹³.

Neste contexto é que deve ser compreendida a presunção de inocência na Constituição brasileira: como um direito fundamental de grande peso, não só normativo, mas histórico e cultural, que se mostra essencial à consolidação de um processo penal democrático e verdadeiramente justo.

Por mais que soe contraditória a conferência de tão grande importância à presunção da inocência em uma monografia que defenda sua afetação em prol de outros interesses, não o é. Este princípio, como todos os outros, não goza, ou já gozou, de natureza absoluta, e não pode ser alçado a um patamar que impeça toda e qualquer punição, sob pena de se deslegitimar a

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 336.

¹¹² LUÑO, Antonio E. Perez. *Op. cit.*, p. 20-21.

¹¹³ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: BOGDANY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 399.

própria atividade punitiva estatal e fomentar a desordem social, o que visivelmente não é a premissa sob a qual se constrói este trabalho.

O que se defende é que qualquer proposta de ponderação ou afetação deste princípio deve, necessariamente, levar em conta a importância histórica da presunção de inocência e a manutenção de um patamar mínimo de eficácia, consistente na fixação de regras de ônus probatório e orientação ideológica da atividade estatal.

Igualmente como norma que, isoladamente aplicada, poderia levar a uma postergação do momento de cumprimento da pena, está a plena defesa, também prevista no texto constitucional como característica primordial do Tribunal do Júri. Guilherme de Souza Nucci diferencia este princípio da tradicional ampla defesa, quando afirma que “ampla defesa é a possibilidade de o réu defender-se de modo irrestrito, sem sofrer limitações indevidas [...] enquanto a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcada na perfeição”¹¹⁴.

O Constituinte pretendeu conferir ao Tribunal do Júri uma gama ainda maior de garantias e possibilidades defensivas ao acusado, justamente por reconhecer a instituição como gerida em definitivo por jurados leigos, que decidem por íntima convicção e sem o compromisso da motivação.

Desta forma, “a plenitude de defesa deve ser interpretada isonomicamente como plenitude de teses ou ampla argumentação, sem qualquer ideia de restrição aos interessados”¹¹⁵, permitindo-se não apenas uma defesa formal e presente, mas a melhor defesa técnica possível naqueles autos aliada a uma ampla possibilidade de autodefesa. Se esta ideia está compatível com a prisão antes do esgotamento de recursos, apenas o conflito com outros princípios haverá de determinar.

Isso porque, por mais que nosso texto constitucional tenha surgido num momento de democratização orientado pela resistência ao autoritarismo ditatorial, e, assim sendo, recheado de um catálogo de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, não olvidou o Constituinte de reconhecer a imprescindibilidade do Direito Penal e do controle social que este implica.

Com a construção dos mandamentos de criminalização, sejam eles de conteúdo prescritivo ou impeditivo¹¹⁶, a Constituição reconheceu indubitavelmente a importância da utilização do controle penal como instrumento garantidor da coexistência das liberdades¹¹⁷, não

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 1999, p. 140.

¹¹⁵ CHAVES, Charley Teixeira. *Op. cit.*, p. 356.

¹¹⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 25.

só determinando a criminalização de determinadas condutas diretamente, como o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, como também conferindo um posicionamento axiológico superior a determinados bens jurídicos (vida, liberdade, etc.) que implicam um comando ao legislador para que os ponha num patamar superior de proteção e criminalize as condutas que contra eles atentem.

Assim o fazendo, o Constituinte determinou, através de normas fundamentais de natureza principiológica, a otimização da atividade estatal para que orientasse suas ações e políticas no sentido de punir estas condutas aprioristicamente reprováveis, e proteger, na maior medida possível, estes bens jurídicos contra atos criminosos.

Não só isso, mas a Constituição Federal ainda fez constar em seu preâmbulo e no *caput* dos arts. 5º, 6º e 144, o direito fundamental à segurança, individual e pública.

No documento que é considerado o berço dos direitos fundamentais liberais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o direito à segurança é apresentado como um dos quatro direitos naturais e imprescritíveis do homem, ao lado da liberdade, propriedade e resistência à opressão, sendo sua conservação o objetivo de toda e qualquer associação política¹¹⁸. Não há, neste momento histórico, uma conceituação, sendo ela apresentada apenas na Constituição jacobina de 1793, em que a segurança é definida como “a proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”¹¹⁹.

Nesta faceta é que pode ser compreendido o vocábulo segurança, contido no preâmbulo e nos arts. 5º e 6º do texto constitucional, como um direito individual que implica uma prestação positiva do Estado, e da sociedade como um todo, no sentido de garantir aos cidadãos um ambiente propício à preservação e ao usufruto de todos os seus outros direitos.

Nucci destaca que, embora a grande parte do enfoque do que se chama de segurança pública seja a prevenção da ocorrência de crimes, ela não se resume a isto, sendo um direito ligado ao bem-estar social, à paz e à ordem da comunidade, em diversos níveis e acepções, entre eles o de estar livre da atividade criminosa¹²⁰. Neste aspecto, decerto que o direito fundamental à segurança, pública ou individual, não se garante apenas com a prevenção do crime, visando atividades de política criminal destinadas a mitigar eventuais fatores criminógenos

¹¹⁸ FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 12.11.2017.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 94.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus Segurança Pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 40.

identificados em determinada comunidade, mas igualmente com sua repressão, como idealizado pelo texto constitucional.

A liberdade de pessoas que cometem crimes graves, como o homicídio (para manter-se adstrito ao objeto da dissertação), põe em risco os bens jurídicos aos quais a Constituição conferiu superioridade axiológica, já que estimula o ofensor a continuar a ofendê-los, bem como macula a paz e a ordem da comunidade, que não sente mais confiança nas estruturas do Estado para protegê-la e tenderá ao justiciamento privado, gerando desordem ao invés de ordem.

4.3.2. Solucionando o conflito: a execução antecipada da pena como resultado proporcional de um sopesamento de direitos fundamentais

Na teoria de Robert Alexy, a extração do conteúdo normativo dos princípios não conduz, necessariamente, a uma precedência apriorística de qualquer deles, de modo que não se poderia afirmar, de antemão, que a presunção de não culpabilidade e a plena defesa sejam mais ou menos importantes que a soberania dos veredictos, o direito à segurança pública ou o direito à vida.

Suas dimensões de peso se demonstrariam apenas no caso concreto, em face da colisão com os demais princípios e regras aplicáveis ao caso. O conflito entre princípios deve, então, ser solucionado por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes, de modo a definir “qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”¹²¹.

As críticas que costumeiramente são feitas às decisões do Supremo Tribunal Federal em termos de ponderação de princípios são, em síntese, aquelas direcionadas à teoria dos direitos fundamentais de Alexy: a de que a compreensão de princípios como mandados de otimização, aplicáveis mediante técnicas de ponderação e sopesamento, conduzem a uma indesejada discricionariedade sistêmica do processo interpretativo, a justificar toda e qualquer decisão a partir dos valores do intérprete. Defende-se que a adoção desta tese abre espaço para o decisionismo e o relativismo axiológico, permitindo-se que o aplicador valora cada princípio da maneira que lhe convier, gerando um enunciado de preferência (eu prefiro isso àquilo) subjetivo e irracional.

Tais críticas, contudo, partem da equivocada premissa que presume a ausência de subjetividade na aplicação também das regras. O direito, como produto da consciência

¹²¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 95.

conjugada do legislador e do intérprete, não pode pretender ser completamente livre da subjetividade, como se a transformar o aplicador em um super-homem racional sem emoções, histórico, preconceitos e pré-compreensões. Virgílio Afonso da Silva está correto quando afirma ser “uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete”¹²².

O que não se pode perder de vista, obviamente, é a possibilidade de controle intersubjetivo da decisão, assim como sua previsibilidade mínima, por questões de segurança jurídica, coesão e coerência do sistema¹²³, sendo estes elementos os que devem ser potencializados e almejados em todo e qualquer método hermenêutico. Ainda Virgílio Afonso da Silva destaca três aspectos destes elementos no âmbito do sopesamento: (i) metodológico; (ii) teórico; e (iii) institucional.

No âmbito metodológico (i), ele rejeita a ideia de que o sopesamento é uma mera relação de preferência simples e sem qualificativos, invocando como contraponto a própria teoria de Alexy, que afirma a necessidade de haver um enunciado de preferência racionalmente fundamentado, em que se estabeleça que “a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”¹²⁴.

Quanto ao aspecto teórico (ii), sustenta ser imprescindível a exposição das premissas, com fixação dos referenciais teóricos e demonstração de todos os elementos normativos envolvidos. Virgílio Afonso da Silva reconhece que a própria opção por uma determinada teoria dos direitos fundamentais pode estar associada a certo grau de subjetivismo¹²⁵, o que não é um privilégio do procedimento de sopesamento dos princípios.

Também na dita aplicação objetiva subsumível das regras, há divergências interpretativas doutrinárias e jurisprudenciais cuja opção por parte do julgador no caso concreto é permeada de subjetivismo. Entretanto, a explicitação dos paradigmas teóricos confere, junto com o escalonamento acima referenciado, uma maior honestidade intelectual ao procedimento hermenêutico, possibilitando o diálogo e o controle intersubjetivo.

No aspecto institucional (iii), observa que para se atingir um grau de objetividade aceitável, é necessário o respeito ao precedente e o controle social¹²⁶, satisfazendo o elemento da previsibilidade, corolário da segurança jurídica. Não se pretende afirmar a imutabilidade dos

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367.

¹²³ *Ibidem*, p. 368.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 167.

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 375.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 376.

precedentes, mas que “quando existe um histórico coerente de decisões jurisprudenciais, há um grande ônus argumentativo para que esse histórico seja contrariado”¹²⁷.

Assim, sem a pretensão de extirpar a subjetividade, o que se tenta com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy é reduzi-la a um nível aceitável, impondo exigências argumentativas. O próprio autor, ao rebater as críticas no posfácio de sua obra¹²⁸, admite que a teoria dos princípios por ele idealizada nunca pretendeu um procedimento que conduzisse sempre a um único e inequívoco resultado, mas sim o desenvolvimento de uma teoria que introduzisse a racionalidade e a lógica no processo hermenêutico e que, elevando ao máximo a busca por uma única decisão, tornasse-a, ao menos, controlável do ponto de vista argumentativo, o que conferiria legitimidade às decisões sempre que houvesse “a possibilidade de sua fundamentação discursiva como capacidade racional humana”¹²⁹.

Fausto Morais e André Karam Trindade identificam parte do problema relacionado à ponderação dos princípios na jurisdição constitucional pátria quando afirmam que “o senso (demasiadamente) comum brasileiro recepcionou somente parte da teoria de Alexy, deixando de lado a questão primordial de dotar racionalmente a aplicação dos princípios jurídicos”¹³⁰. Afirmar, genericamente, que há princípios em conflito e que a ponderação determinaria que tal solução é a mais adequada não contempla a complexidade argumentativa construída por Alexy.

Isso porque, com influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, ele se utiliza da regra da proporcionalidade para a realização do sopesamento, por meio de suas três sub-regras: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Nestes parâmetros deve ser compreendida qualquer tese que defenda a ponderação principiológica como mecanismo hermenêutico de resolução de conflitos.

Em termos de adequação (i), deve-se questionar se a medida adotada é capaz de alcançar ou, ao menos, fomentar o interesse jurídico que se busca priorizar, ou seja, com a determinação de início do cumprimento de pena imposta pelo Tribunal do Júri em primeira ou segunda instância, estar-se-ia incrementando o peso conferido constitucionalmente à soberania dos veredictos e à esfera protetiva dos interesses constitucionais relativos à efetividade da lei penal?

¹²⁷ Ibidem, p. 376.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 595.

¹²⁹ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. In: *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez/2012, p. 148.

¹³⁰ Ibidem, p. 148.

Caso se entendesse negativamente, ou seja, que é irrelevante o momento do início do cumprimento de pena (se dois, dez ou 15 anos após o crime) para a efetividade da lei penal e para se reforçar a ideologia democrático-participativa que orienta o júri, então a execução da pena não transitada em julgado não seria adequada, já que haveria relativo sacrifício de um princípio fundamental sem a contrapartida do incremento de outro.

Não é o caso. Certamente a prisão de um condenado por crime doloso contra a vida servirá para o reforço da efetividade da lei penal, pelo recolhimento ao cárcere de um cidadão reconhecido pelo povo, a partir de um procedimento complexo e bifásico, como culpado por um crime (protegendo-se, assim, os bens jurídicos tutelados pela norma penal de uma nova ofensa por parte do mesmo criminoso), como também mitigando o sentimento de impunidade e insegurança da sociedade, atendendo a certos objetivos constitucionais da sanção penal, como a prevenção geral, e as necessárias paz e ordem social idealizadas pelo direito fundamental à segurança pública.

Ademais, no caso específico do Tribunal do Júri que ora se analisa, o início imediato da pena servirá de reforço à soberania que se pretendeu conferir à participação popular e impregnará os jurados de um novo senso de responsabilidade quanto à sua decisão, por vezes banalizada pela certeza da inocuidade e ineficiência do sistema.

Apenas como uma referência de direito comparado, de uma realidade constitucional que igualmente prevê e potencializa a atuação de Tribunais do Júri, cita-se que o Poder Judiciário da Austrália já teve a oportunidade de analisar a possibilidade de o réu aguardar em liberdade (ou receber o direito à fiança – “*bail*”) após condenação por um júri.

Tratando esta possibilidade como a maior das exceções, a jurisprudência e a doutrina daquele país entendem que deixar um réu solto após uma condenação popular: i) confere uma aparência de incerteza à decisão; ii) coloca o Poder Judiciário na posição de fazer retornar ao cárcere uma pessoa que pode ter alterado significativamente sua vida no período de liberdade; iii) estimula a interposição leviana de recursos; iv) minora a credibilidade do Judiciário ao manter um condenado do povo em convívio social; v) afeta a impressão da população acerca da efetividade da lei penal¹³¹.

Tais conclusões, embora oriundas de um país com experiência histórico-cultural sabidamente distinta, ainda assim sintetizam com clareza os prejuízos advindos, no Brasil, da interpretação absolutista da presunção de não culpabilidade que prevaleceu até a jurisprudência

¹³¹ EDNEY, Richard. Bail pending appeal in serious criminal cases: the new Victorian law. In: *Orig. Law Review*. Vol. 3, n. 3 (2007), p. 104.

recente, mostrando exatamente parcela dos problemas que se pretende superar com a ponderação ora idealizada.

Quanto à necessidade (ii), ela conduz ao questionamento acerca da existência de meio menos gravoso para a realização de determinada medida, ou seja, “se haveria uma medida igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva”¹³².

Na busca por medidas alternativas para comparação, decerto que alterações legislativas poderiam ser promovidas para que a solução do caso se desse de forma menos controversa. Entretanto, da forma como é organizado nosso ordenamento jurídico, com o desenho recursal das Cortes Superiores, não há forma menos invasiva de se potencializar a efetividade da lei penal senão pelo cumprimento da pena, na pendência dos recursos excepcionais.

Caso se postergue por mais uma instância, ou mais um momento procedimental, o cumprimento da pena, correr-se-á o risco de nunca a ver cumprida, já que as possibilidades recursais são idealmente infinitas, e, como bem observado pelo Ministro Luis Edson Fachin, “a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios”¹³³.

No procedimento do júri, como já dito, as discussões jurídicas relevantes à tipificação do crime já são solucionadas na primeira fase, na qual potencialmente podem ser provocadas todas as instâncias do sistema de justiça. Quando se atinge a condenação e esta é confirmada em segunda instância, a responsabilidade criminal do acusado (culpa) idealmente não pode mais ser revista, sendo este o momento menos invasivo à presunção de não culpabilidade para que se inicie o cumprimento da pena, de modo a garantir a efetividade da lei penal, com todos os interesses constitucionais correlatos, mesmo que ainda haja arguição de questões jurídicas que porventura possam ser analisadas pelas Cortes Superiores.

Deve-se destacar, ainda, que outras condições fáticas poderiam tornar o cumprimento da pena em primeira instância uma medida necessária, tanto nas hipóteses de coisa julgada parcial, já demonstradas no capítulo anterior, como nos casos em que as circunstâncias concretas (confissão e conjunto probatório acusatório farto, por exemplo), aliadas à baixa expectativa de procedibilidade das razões recursais meritórias, demonstrassem o caráter essencialmente protelatório do recurso de apelação.

¹³² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 590.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n° 126.292/SP. Op. cit.*, p. 25.

Isso porque, caso prevaleça a tese de que o recurso exclusivo da dosimetria implicaria uma coisa julgada parcial apta a determinar o início de cumprimento da pena, decerto que as defesas técnicas bem qualificadas não seguirão mais este caminho e passarão a arguir fundamento meritório mesmo quando este careça de alguma procedibilidade.

Estas hipóteses, em que o amplo conjunto probatório se acha em dissonância com uma impugnação recursal meritória, especialmente quando há julgamento de recurso em sentido estrito com manifestação da Corte Recursal pela existência suficiente de indícios incriminadores, demonstram uma postura clara de má-fé processual, destinada à postergação do cumprimento de uma pena inevitável, em desprestígio à decisão soberana do Tribunal do Júri, e não pode ser referendada, sob pena de se convalidar um abuso malicioso de um direito (duplo grau de jurisdição) em detrimento do prestígio a outro (soberania dos vereditos).

A proporcionalidade em sentido estrito (iii) diz respeito à ponderação em si, ou seja, a análise entre “a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”¹³⁴. Neste elemento, Alexy identifica três passos argumentativos necessários, consistentes em avaliar o grau de afetação de um dos princípios, depois a importância da satisfação do princípio colidente, e, por fim, se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a relativização do outro¹³⁵.

Aqui é introduzida a noção de gradações de afetação e gradações de satisfação. Com a devida vênia dos críticos, o cumprimento da pena após confirmação em segunda instância não é uma afetação grave ao princípio da presunção de não culpabilidade, já que, como bem observado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigmático, mantém-se intacta a regra de distribuição de ônus da prova, assim como o princípio da não autoincriminação, entre tantos outros advindos logicamente do estado de inocência.

Ademais, como regra geral, mantém-se preservado o duplo grau de jurisdição como instrumento para revisão de injustiças pontuais, além da existência do *habeas corpus*, mecanismo célere e informal, muito mais acessível que os recursos excepcionais e sem a barreira da repercussão geral, para a solução de nulidades que ponham em risco a liberdade dos acusados em casos concretos.

Os casos de cumprimento imediato em primeira instância seriam restritos às hipóteses em que o duplo grau de jurisdição fosse abdicado quanto ao mérito (ausência ou impossibilidade de recurso contra a condenação dos jurados) ou quando este fosse tido como manifestamente

¹³⁴ SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*. Nº 798 (2002).

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 594.

fadado à improcedência, a partir de uma análise objetiva das razões recursais. Mantém-se um campo de eficácia relevante do duplo grau de jurisdição mesmo nestes casos, porquanto o procedimento do júri já contempla incontáveis insurgências recursais interlocutórias para a solução de injustiças manifestas e discussões jurídicas que possam afetar a tipicidade do fato apurado.

Traz-se como exemplo o caso do ex-deputado Carli Filho, que apenas foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri após o processamento de 34 recursos¹³⁶. Não há como negar ter havido um relevante prestígio ao duplo grau de jurisdição, mesmo se ele viesse a ser recolhido ao cárcere após sua condenação em primeira instância, o que não se verificou.

Não se nega haver uma afetação, tanto da presunção de não culpabilidade quanto do duplo grau de jurisdição e da plena defesa, já que esta é a própria ideia do sopesamento; mas ela não afeta o núcleo essencial dos princípios, permitindo-lhes ainda a manutenção de um grande e relevante peso dentro do sistema processual brasileiro, orientador de toda a prática jurisdicional a partir do estado de inocência do acusado e da possibilidade de submissão de seu caso a outras instâncias.

O sacrifício imposto é superado pelo que se ganha em incremento na dimensão de peso da soberania dos vereditos e na proteção da lei penal. De fato, em termos de satisfação dos interesses constitucionais relativos à garantia da efetividade da lei penal, o peso é extremamente significativo, pois se está diante de uma medida que certamente desestimulará a interposição de recursos protelatórios, mitigará o sentimento de impunidade e insegurança¹³⁷ e fortalecerá a função preventiva geral da pena.

As atividades estatais relacionadas ao sistema penal (legislativa, executiva e judiciária) devem ter em vista a necessidade de incluir em seus espectros de consideração funcional a eficiência da persecução, sob pena de esvaziar de normatividade preceitos constitucionais caros, relacionados a direitos fundamentais de matriz positiva, construídos historicamente como salvaguarda à segurança e ao bem-estar dos cidadãos.

No aspecto específico da soberania dos vereditos, o início antecipado do cumprimento de pena implicaria um maior prestígio à decisão popular, a fortalecer sobremaneira seu aspecto

¹³⁶ Caso amplamente noticiado pela imprensa: <https://oglobo.globo.com/brasil/apos-nove-anos-34-recursos-carli-filho-vai-juri-por-duplo-homicidio-22436109>.

¹³⁷ Quanto a isso, dois casos são sintomáticos para se avaliar o efeito da nova decisão na impunidade. O primeiro deles diz respeito ao ex-senador Luiz Estevão, condenado a 31 anos de reclusão, em regime fechado, mas que aguardava em liberdade o julgamento de seus incontáveis recursos excepcionais desde 2006, sendo finalmente recolhido para cumprimento de sua pena após a decisão do STF (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/justica-federal-determina-prisao-imediata-de-luiz-estevao.html>). Em outro caso, o ex-governador de Roraima havia sido condenado a dez anos e oito meses de reclusão, mas aguardava em liberdade desde 2014 (<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/justica-usa-tese-stf-mandar-prender-ex-governador-rr>).

democrático-deliberativo, inculcando na consciência coletiva daquela comunidade a responsabilidade do papel dos jurados e os impactos imediatos de suas decisões, o que não é observado quando a prisão ocorre cinco, sete ou dez anos após a sessão de julgamento.

Em síntese, neste tópico o que se verifica é que os princípios da não culpabilidade e da plena defesa não são, e não podem ser, interpretados com uma pretensão de absolutismo, necessitando ser aplicados em consonância com outros princípios e interesses constitucionais correlatos e conflitantes. A partir de seu sopesamento com a soberania dos vereditos e com os princípios atinentes à efetividade da lei penal – o direito à segurança pública, entre outros –, vê-se que a determinação de cumprimento de pena após a confirmação em segunda instância, como regra geral, ou em primeira instância, em situações excepcionais, é uma afetação moderada e proporcional, se comparada ao grau de satisfação e potencialização destes outros interesses.

Uma questão, todavia, há de ser observada. A teoria dos direitos fundamentais baseada na otimização e no sopesamento possui muita influência das circunstâncias do caso concreto. Embora haja uma pretensão de universalidade, no sentido de que aquela decisão deve ser aceita para repetição em casos idênticos, certos elementos específicos podem tornar determinada medida, em alguns casos, desproporcional, e a própria subsunção do precedente passa por um processo hermenêutico que pode apresentar elementos de *distinguishing*.

Deve-se, portanto, estabelecer contornos argumentativos através dos quais se poderia justificar uma execução imediata da condenação do júri a partir do julgamento de primeira ou segunda instância, e em que circunstâncias seria imprescindível a espera até o esgotamento recursal.

Fausto Morais e André Karam Trindade sintetizam com clareza este aspecto da teoria de Robert Alexy quando dizem que esta hierarquização de valores jurídicos somente se faria possível numa condição incompleta e flexível; afirmam que essa “condição dos princípios jurídicos como normas derivadas dos direitos fundamentais estaria marcada nas ordens *prima facie*, o que permitiria o seu alcance gradual, de acordo com cada desafio concreto”¹³⁸.

Surgiria a necessidade, portanto, de uma adjudicação judicial, ou seja, uma rede de decisões concretas e esquemas de preferência formados a partir de uma orientação geral da jurisdição constitucional¹³⁹, que estabeleceria apenas uma determinada tese e as condições específicas nas quais ela deveria prevalecer.

¹³⁸ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 154.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 154.

4.3.3. A precedência condicionada (lei da colisão): as razões recursais como objeto de análise para eventual efeito suspensivo da execução

Um dos fundamentos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy é a chamada “lei da colisão”, que consiste na fixação de uma relação de precedência condicionada entre princípios, ou, em suas palavras, “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”¹⁴⁰. Como indicado no tópico anterior, as teses constitucionais seriam incompletas e necessitariam que a atividade judicante adaptasse a realidade concreta aos enunciados de preferência previamente estabelecidos.

Todavia, quando se trabalha com a construção de teses dogmáticas, especialmente as penais, deve-se ter cuidado com conclusões que confirmam possibilidades hermenêuticas amplas aos juízes, tendo sido este o principal equívoco da decisão da Suprema Corte. Cuida evitar a idealização do Poder Judiciário como uma instituição que aplicará a tese nos exatos moldes previstos pelo pesquisador e sem qualquer sorte de desvirtuação de propósito.

A realidade do Poder Judiciário brasileiro deixa claro o seu papel como instituição construtora e reforçadora das mazelas que atualmente maculam o sistema penal, seja pela seletividade da atuação de algum dos seus membros, seja pela constatação inarredável dos reflexos do racismo, misoginia e homofobia institucionalizados em algumas de suas decisões.

Assim, nas discussões e decisões relativas à execução antecipada da pena, é imprescindível que os critérios estabelecidos sejam essencialmente objetivos, impedindo-se que a análise passe ao sujeito e a tese possa ser utilizada como elemento reforçador da seletividade que ela justamente busca combater. Inadmissível, portanto, que o Magistrado passe a esmiuçar o indivíduo e utilizar seus caracteres pessoais como elemento de ponderação, transmudando a execução antecipada como se prisão cautelar fosse.

Os elementos que, no caso concreto de condenação imposta pelo Tribunal do Júri, definirão a moderação e a proporcionalidade em sentido estrito da medida determinada são: i) os fundamentos da interposição do recurso de apelação; ii) a procedibilidade e a expectativa de provimento das razões recursais; iii) a eventual indiscutibilidade do mérito da condenação.

Alexy conclui que “como resultado de todo sopesamento [...] pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”¹⁴¹. Assim, segundo sua teoria, as condições e os elementos de verificação e

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 96.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 99.

confronto do peso dos princípios constituiriam o suporte fático de uma regra, relativa à relação de precedência condicionada daquela colisão.

Nesta ótica, como síntese de tudo quanto foi discutido e construído neste e nos outros capítulos, impende sintetizar as condições alcançadas, os sopesamentos realizados e, assim, as regras obtidas como normas de direito fundamental atribuídas. Conclui-se que determinadas premissas (P) assumem a feição de suporte fático para a incidência subsumível das seguintes regras (R):

Regra 1 (R1): A execução imediata de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), confirmada em segunda instância (P2), contra a qual não haja recurso especial ou extraordinário que discuta nulidade apta a anular o julgamento (P3), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 2 (R2): A execução imediata em primeira instância de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), contra a qual pese recurso de apelação com fundamento único em revisão de dosimetria (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 3 (R3): A execução imediata em primeira instância de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), em julgamento refeito contra o qual não caiba no recurso meritório (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 4 (R4): A execução imediata de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), em primeira ou segunda instância, em que a análise fundamentada e objetiva das razões recursais demonstre uma ínfima expectativa de provimento e uma má-fé processual (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Deste modo contemplaram-se, como fruto de uma hermenêutica de direitos fundamentais do nosso texto constitucional, as formas objetivas e fundamentadas visando conciliar um respeito à soberania dos vereditos, ao direito fundamental à segurança pública, à proteção dos bens jurídicos de superioridade axiológica constitucional, com a mínima afetação possível da presunção de não culpabilidade.

4.4. Compatibilizando os artigos 283 e 597 do Código de Processo Penal: uma nulidade parcial sem redução de texto

Uma das principais, e coerentes, críticas feitas pela doutrina ao precedente do Supremo Tribunal Federal foi ao fato de a Corte ter ignorado, quase por completo, o artigo 283 do Código de Processo Penal, na fundamentação do *HC* nº 126.292/SP, apenas o enfrentando após provocação direta da OAB e do PEN nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Esta regra infraconstitucional preconiza que, à exceção das prisões cautelares típicas, ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, não mais trata de culpa, como o princípio da presunção de não culpabilidade insculpido no texto constitucional, mas de prisão, estabelecendo diretamente uma vedação à prisão antes do trânsito em julgado.

Da mesma forma, em este trabalho defendendo a possibilidade de início imediato da pena após a condenação em primeira instância, mesmo que em casos restritos, é de se cogitar também de que modo deve ser interpretado o artigo 597 do Código de Processo Penal, que confere efeito suspensivo às apelações criminais interpostas contra condenações.

É uma característica de certas doutrinas neoconstitucionalistas a normatização dos princípios e a superação de uma noção de suficiência plena das regras subsumíveis para a resolução de casos concretos. Entretanto, os mais críticos advertem, com razão, que não se pode prescindir completamente das regras na construção de um ordenamento jurídico, já que sua característica regulatória diminui a arbitrariedade e a incerteza, reforçando o elemento de previsibilidade da lei e a segurança jurídica¹⁴². Elas desempenham funções diferentes do princípio, mas igualmente relevantes, de modo que não se pode cogitar uma primazia necessária destes últimos em relação às regras, mas apenas distintos campos de eficácia.

Deve-se ter em mente que no aspecto da ponderação da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, referencial teórico para a construção das conclusões hermenêutico-constitucionais deste trabalho, o sopesamento entre princípios não é idealizada apenas para o juiz, mas para todos os atores jurídicos, e, principalmente, para o legislador no momento da criação de regras.

Desta forma, entende-se que, ao criar a regra, o legislador também realiza um sopesamento dos princípios em jogo para gerar determinadas prescrições de conduta. Assim,

¹⁴² ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Nº 17 (2009), p. 4.

no caso em análise, o legislador processual penal ponderou a presunção de não culpabilidade, o direito à segurança pública e a efetividade da justiça penal, bem como criou as regras contidas nos artigos 283 e 597, pretendendo uma definitividade para o resultado das ponderações entre estes princípios¹⁴³.

Bustamante adverte que eventuais exceções ou restrição da hipótese de incidência das regras não podem ser justificadas simplesmente por uma nova ponderação de princípios no caso concreto¹⁴⁴. A regra não é uma sugestão ou um conselho, senão um elemento orientador de conduta normativamente prescrita¹⁴⁵.

Contudo, ao abordar a possibilidade de restrição abstrata à realização ou à satisfação de princípios (como, no caso, a soberania dos vereditos, a efetividade da lei penal, a segurança pública etc.) por meio de regras (artigos 283 e 597, CPP), Alexy identifica duas soluções distintas, sendo a primeira o caso clássico de aplicação estrita da regra, independentemente de quão importante for a realização do princípio, e, noutro, ele analisa a hipótese de um princípio superar ou restringir a regra, situação verificável quando o princípio é mais forte do que a combinação do princípio que materialmente orientou aquela regra e o princípio geral de validade e cumprimento das regras¹⁴⁶.

Não se nega a possibilidade de determinadas situações justificarem a superação de uma regra em face de princípios constitucionais supostamente colidentes, sendo, contudo, situações manifestamente excepcionais em que a aplicação estrita da regra macule algum comando principiológico constitucional de tal sorte que seu campo de eficácia deve ser contido.

Aliás, independentemente do paradigma hermenêutico que se siga, parece ser uma constante a possibilidade de superação da aplicação direta, literal e subsumível das regras em favor de princípios fundamentais, embora cada doutrinador elabore condições e requisitos específicos.

Humberto Ávila, trabalhando com conceitos de princípios e regras distintos dos de Alexy, também vislumbra a superabilidade das regras, aduzindo, contudo, a dificuldade deste procedimento, já que condicionado ao preenchimento de requisitos de conteúdo e forma¹⁴⁷. Defende que a superação da regra será tanto mais flexível quanto menos insegurança jurídica

¹⁴³ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. In: *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 603-628, jul./dez. 2010, p. 610.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 609.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 90.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 141.

ela promover, cabendo ainda analisar a incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente¹⁴⁸.

Mesmo Streck, crítico do novo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, admite a possibilidade hermenêutica de não aplicação de uma regra, vislumbrando, ainda, seis hipóteses em que isso pode ocorrer: i) inconstitucionalidade; ii) conflito de antinomias; iii) interpretação conforme à Constituição; iv) nulidade parcial sem redução de texto; v) inconstitucionalidade com redução de texto; e vi) quando houver um princípio que desautorize a regra, rejeitando, neste último caso, o panprincipiologismo típico das ditas doutrinas neoconstitucionalistas¹⁴⁹.

A jurisprudência igualmente segue este caminho: supera-se a regra por incidência de um princípio, por exemplo, quando se aplica a insignificância a condutas formalmente típicas, quando se relativiza a presunção de vulnerabilidade do crime de estupro ou quando não se aplica os ônus procedimentais da hediondez às hipóteses de tráfico privilegiado.

Resta definir quais os fundamentos que podem ser invocados para se limitar a aplicação das referidas regras às condenações impostas pelo Tribunal do Júri, sob uma perspectiva de adequar o seu campo de eficácia à máxima potencialização dos direitos e garantias constitucionais em jogo.

No caso dos artigos 283 e 597 do Código de Processo Penal, não se trata de reconhecer a sua inconstitucionalidade plena, a ponto de defender sua extirpação completa do sistema, já que se mostram opções políticas adequadas do Poder Legislativo para a regulamentação de determinadas situações processuais a partir da orientação constitucional da presunção de não culpabilidade e da ampla defesa.

Todavia, em face dos contextos fáticos e jurídicos definidos neste capítulo, compreende-se que a interpretação literal e aplicação direta dos referidos artigos implica uma restrição ilegítima de preceitos constitucionais relevantes (soberania dos veredictos, direito à segurança pública, duração razoável do processo, direito à vida e à liberdade etc.), gerando proteção deficiente de direitos fundamentais axiologicamente superiores, de modo que deve haver um controle de constitucionalidade para adequar seus campos de eficácia, reforçando o prestígio a estes direitos.

Uma das técnicas hermenêuticas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para adequar a tese da execução provisória da pena com o artigo 283 do Código de Processo Penal

¹⁴⁸ Ibidem, p. 147.

¹⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

é conferir-lhe uma interpretação conforme à Constituição. A partir de uma definição genérica e carente de uma profundidade conceitual, a doutrina usualmente se limita a afirmar que quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, dá-se preferência àquela que seja conforme à Constituição.

Entretanto, como destaca Virgílio Afonso da Silva, não é uma definição adequada e que a distinga das outras modalidades de interpretação constitucional, já que “em todos os processos de controle abstrato de constitucionalidade em que se decida pela constitucionalidade de um dispositivo legal estaremos [...] diante de uma interpretação conforme à Constituição”¹⁵⁰.

Independentemente do detalhamento do conceito, não parece adequado se falar em interpretação conforme à Constituição quando a regra em análise possui uma abstração gramatical de tal sorte mínima que impeça a formação de interpretações plúrimas. Lênio Streck observa corretamente que, embora texto e norma não se confundam, e esta possa ser tida como o conteúdo mandamental extraído pelo intérprete, não há uma cisão entre os conceitos, o que abriria espaço para o subjetivismo do intérprete abstrair todo e qualquer comando normativo¹⁵¹. A construção do texto oferece limites à construção da norma.

Deste modo, vê-se que o artigo 283, ao estabelecer que ninguém será preso antes do trânsito em julgado, não fornece espaço hermenêutico a outra interpretação que não a sustação da ordem de prisão até o esgotamento recursal, resguardadas as exceções cautelares por ele próprio previstas. Da mesma forma, o artigo 597, ao dispor que as apelações contra condenação terão efeito suspensivo, não permite que o intérprete abstraia outro comando normativo senão o de sustar a execução da pena enquanto há o trâmite do recurso. Não há pluralidade de possibilidades interpretativas que possa ser solucionada pela escolha daquela em maior conformidade com a Constituição.

Entretanto, o fato de estas serem as únicas conclusões interpretativas obteníveis dos referidos artigos, dada a mínima abstração de sua literalidade, não as torna mais ou menos legítimas ou imunes ao controle de constitucionalidade a que deve ser submetido todo diploma legal. Em se concluindo, portanto, que estas normas processuais obtidas da hermenêutica dos artigos 283 e 597, em uma determinada hipótese fática, estão em desacordo com o sopesamento de interesses consagrados na Constituição Federal, a resposta tecnicamente adequada é declará-

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. In: *Revista Direito GV*, Vol. 2, nº 1 (2006), p. 199.

¹⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 291.

la parcialmente inconstitucional sem redução de texto, preservando seu campo de eficácia para as demais situações em que não se verifique a incompatibilidade.

Sabe-se que a doutrina e a jurisprudência costumam tratar de forma conjunta a interpretação conforme à Constituição com a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Luís Roberto Barroso defende que, didaticamente, o ideal é considerar a interpretação conforme à Constituição como um gênero que comporta as seguintes modalidades de atuação: i) a leitura da regra infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais; (ii) a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato; ou (iii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto¹⁵².

Já Virgílio Afonso da Silva, a partir da análise de decisões proferidas pelo STF, percebe um afastamento da jurisprudência desta concepção unificadora, passando a se verificar explicitamente, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas, enquanto a interpretação conforme à Constituição mantém a validade da lei, mas lhe orienta a hermenêutica¹⁵³.

Segundo ele, portanto, a diferença nodal entre interpretação conforme à Constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação do texto reside no fato de a primeira se localizar na interpretação da lei, enquanto a segunda está em sua aplicação, pretendendo excluir alguns casos específicos de seu campo de incidência¹⁵⁴. Ele aponta que o resultado de uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto é que o dispositivo e seu significado incontestemente permaneceriam intactos, mas sua aplicação a determinados casos seria excluída¹⁵⁵.

Como desenvolvido dogmaticamente até o presente momento, vê-se que o sobrestamento do início de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri até a provocação de todas as instâncias do Poder Judiciário (como determina o artigo 283 do CPP) é um modal deôntico em completa dissonância com o mandamento constitucional da soberania dos veredictos, que confere uma robustez axiológica à decisão dos jurados, determinando a sua prevalência em detrimento da vontade dos juízes togados, especialmente quando há confirmação em segunda instância e inexistente possibilidade de se reverter o mérito da condenação nos Tribunais Superiores.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1823.

¹⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2006, p. 201.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 202.

Ademais, a concessão de efeito suspensivo a apelações interpostas contra condenações soberanas, quando foram estabelecidos limites legais e constitucionais claros à devolutividade recursal e já há possibilidades recursais interlocutórias com efeito suspensivo que permitem provocação de todas as instâncias do sistema de justiça, igualmente não se coaduna com a proteção eficaz aos interesses constitucionais já expostos.

Deste modo, de fato não há como compatibilizar a soberania dos vereditos, a duração razoável do processo e a eficiência da persecução penal, consagrados na Constituição Federal, com dispositivos legais que imponham efeito suspensivo obrigatório à apelação contra as decisões do Tribunal do Júri e condicionem a sua execução ao esgotamento de todas as instâncias da Justiça togada, especialmente se considerado que fora justamente em face do Poder Judiciário que a soberania dos vereditos fora idealizada e fortalecida, de modo que a regra dos artigos 283 e 597, caso prevaleça, inverte a lógica de fortalecimento e superioridade que o Constituinte pretendeu às decisões populares.

Entende-se, portanto, que as normas fundamentais abstraídas da colisão dos princípios constitucionais em jogo implicam uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos referidos artigos, excluindo de seu campo de aplicação o procedimento do Júri em face da salvaguarda constitucional já analisada. O efeito suspensivo das apelações, deste modo, é uma possibilidade, não obrigatoriedade, e o cumprimento da pena pode se iniciar em momentos distintos do esgotamento das instâncias do Poder Judiciário, desde que preenchidos os critérios e as fundamentações já delineadas.

5. A INSINDICABILIDADE DAS CONDENAÇÕES DO JÚRI NOS TRIBUNAIS: UM ESTUDO DOS RECURSOS INTERPOSTOS EM FACE DE CONDENAÇÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI EM ALAGOAS

Com a intenção de: i) confirmar, perante a jurisprudência, a conclusão de que a soberania dos vereditos impõe uma restrição à devolutividade recursal no procedimento do júri; ii) verificar quantitativamente o tratamento que se confere às apelações interpostas, obtendo, assim, a confirmação empírica de se há ou não prestígio e respeito às decisões dos jurados; iii) analisar a consequência prática, em termos quantitativos, do reconhecimento da possibilidade de execução antecipada das penas impostas pelo júri, passou-se a coletar dados diretamente para esse esclarecimento.

Para restringir o campo de pesquisa à realidade mais próxima, manteve-se a coleta de dados no Tribunal de Justiça de Alagoas, buscando os acórdãos que julgaram apelações oriundas de júris, bem como acompanhando o trâmite de eventuais recursos especiais e extraordinários interpostos em face deles.

A restrição ao Estado de Alagoas se deu não apenas pela conveniência e facilidade na coleta de dados; por se tratar de uma pesquisa vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Alagoas, é deveras relevante o afunilamento da coleta de dados ao Estado, para que se obtenha uma melhor compreensão da realidade local e eventualmente sejam subsidiadas ações e políticas do Tribunal pesquisado, em face dos dados obtidos.

5.1. Metodologia

Optou-se pela pesquisa a partir do ano de 2013, pelo fato de o período anterior a este não estar inteiramente disponibilizado no sistema de consulta virtual, o que poderia gerar problemas com a imprecisão dos dados. Ademais, a escolha de um período de cinco anos permite uma extensão temporal suficiente para se averiguar o percurso dos recursos também nas Cortes Superiores.

Delimitado o período, ingressou-se no sistema de consulta completa de jurisprudências do *site* do Tribunal de Justiça de Alagoas, inserindo-se o termo “júri” nos mecanismos de busca, filtrando-se apenas apelações criminais – de modo a excluir os recursos em sentido estrito e os

habeas corpus – e selecionando-se o período de consulta, por blocos de ano (2013, 2014, 2015, 2016 e 2017).

Os resultados não traziam efetivamente apenas apelações pertinentes, já que muitas vezes a expressão “júri” era identificada em “jurídico”, o que implicou a necessidade de filtragem também de assunto para restringir efetivamente os recursos que lidavam com os crimes dolosos contra a vida.

A partir do acórdão disponibilizado, coletaram-se e organizaram-se as informações por: i) número de processo; ii) comarca de origem; iii) veredito e pena; iv) fundamento da apelação; v) resultado da apelação; vi) Desembargador relator; vii) data do julgamento; viii) fundamento do acórdão; ix) se houve recurso às Cortes Superiores; x) se já foi julgado e qual o resultado do recurso; xi) nos casos de julgamentos anulados, qual o resultado da nova sessão.

Na eventualidade de haver dois ou mais réus no processo, contabilizaram-se duas ou mais apelações, já que cada uma das insurgências poderia ter fundamentos próprios e decisões recursais distintas.

5.2. Apelações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas em face de condenações impostas pelo júri

Com as informações coletadas, pretendeu-se identificar qual a providência que o TJAL adotava em relação às apelações do júri, de modo a verificar se os vereditos soberanos eram efetivamente tratados, ou se haveria um alto grau de anulação, o que poderia denotar uma desconfiança da Corte Recursal com as decisões populares e, eventualmente, tornar prejudicial a adoção de uma tese que defenda a antecipação do início de cumprimento da pena.

Foram analisados 597 acórdãos referentes a apelações interpostas contra decisão dos Tribunais do Júri do Estado de Alagoas, relatados por nove desembargadores distintos, correspondentes virtualmente a todas as apelações interpostas nos anos de 2013 a 2017 contra decisões do júri, assim distribuídas por Comarca de Origem:

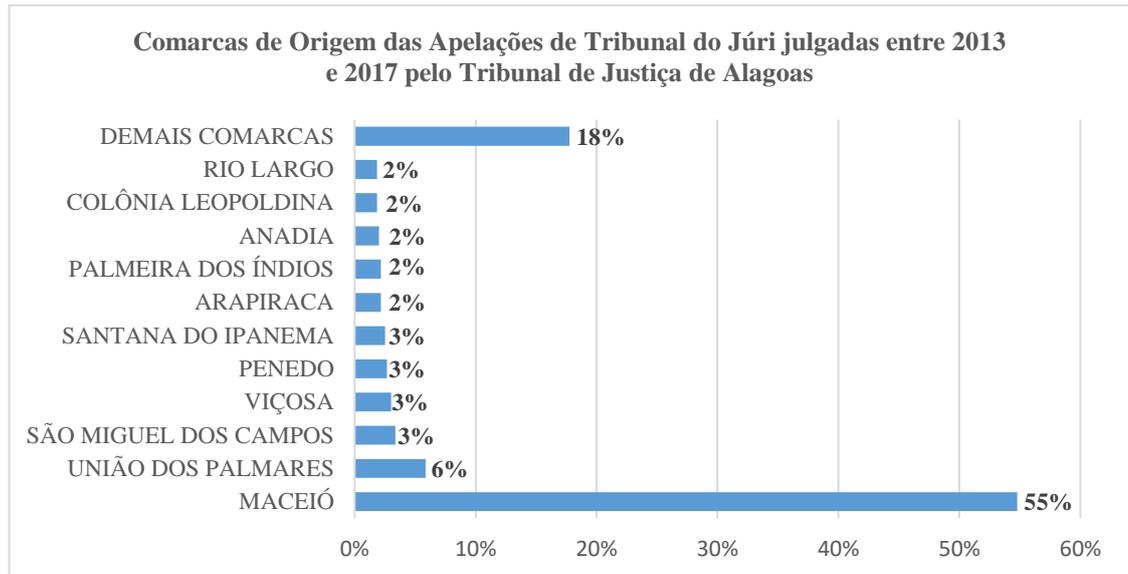


Gráfico 01 – Apelações interpostas contra sentenças de Tribunal do Júri do Estado de Alagoas entre 2013 e 2017 divididas por Comarca de origem.

Na análise das decisões do TJAL, os dispositivos dos acórdãos puderam ser agrupados em sete classes: i) improvidos; ii) providos para anular por recurso do Ministério Público; iii) providos para anular por recurso da defesa; iv) providos para redimensionamento de pena; v) providos para extinção de punibilidade (morte ou prescrição); vi) não conhecidos (intempestividade); vii) providos para excluir indenização civil.

O resultado está sintetizado na tabela abaixo, em que se observa que, em proporções aproximadas, 37% das apelações foram totalmente improvidas, sendo mantidas a decisão dos jurados e a pena fixada; 41% foram providas para haver redimensionamento da pena, mantendo-se, igualmente, as condenações; 12% foram providas por recurso do Ministério Público, visando, portanto, à anulação de absolvições manifestamente contrárias às provas dos autos; 6% foram providas por recurso da defesa, para se anular uma condenação; 2% foram providas apenas para excluir indenização civil às vítimas, mantendo-se, também, os vereditos condenatórios; 1% foram providas para extinguir a punibilidade, seja em face da morte superveniente do réu ou por prescrição da pena gerada pela desclassificação; 1% não foram conhecidas, por intempestividade.

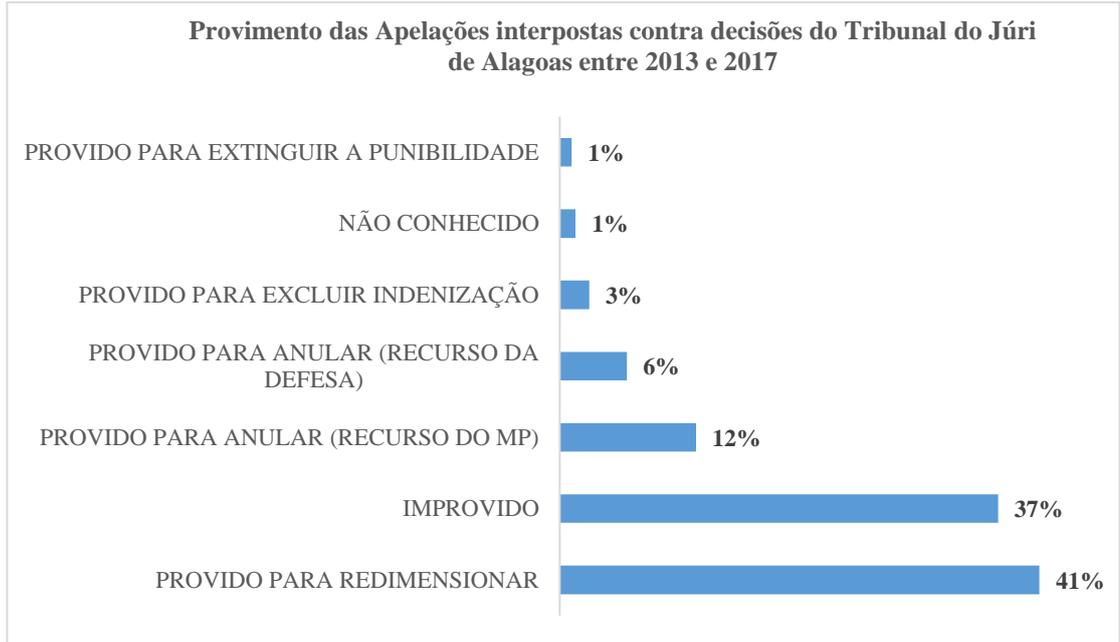


Gráfico 2: Provimento de apelações interpostas em face do Tribunal do Júri nos anos de 2013-2017 no Tribunal de Justiça de Alagoas.

Caso se fossem contabilizar apenas os recursos interpostos em face de condenações, excluindo, portanto, os recursos interpostos pelo Ministério Público em face de absolvições ou desclassificações, chegar-se-ia à estatística aproximada de 92% de condenações mantidas pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, 7% de anulações e 1% de extinções de punibilidade por morte ou prescrição superveniente:

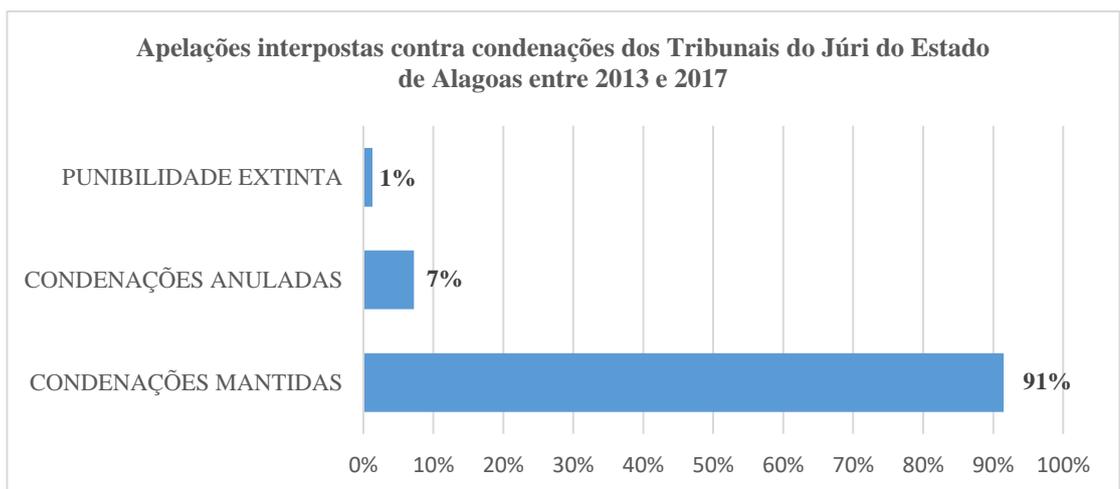


Gráfico 3: Apelações criminais interpostas no Tribunal de Justiça de Alagoas em face de condenações de Tribunal do Júri.

Dos dados obtidos, vê-se que a perspectiva de se conseguir anular um veredito condenatório no Tribunal de Justiça de Alagoas tramita ao redor de apenas 7%, chegando esta estatística a um nível ainda mais limitado quando se contabiliza o resultado dos novos julgamentos destes que obtiveram uma segunda chance. Das 597 apelações catalogadas, 470 eram referentes a condenações, havendo anulação de apenas 34 delas para a realização de novos júris.

Acompanhando o resultado destes novos julgamentos, vê-se que 14 (41%) ainda estão aguardando a realização do Júri, 13 (38%) tiveram sua condenação reiterada com definitividade, 4 (12%) tiveram a punibilidade extinta por prescrição ou morte, 1 (3%) está com situação incerta ante uma deficiência na alimentação de dados no sistema do Tribunal, e apenas 2 réus (6%) conseguiram transformar sua condenação em uma absolvição:

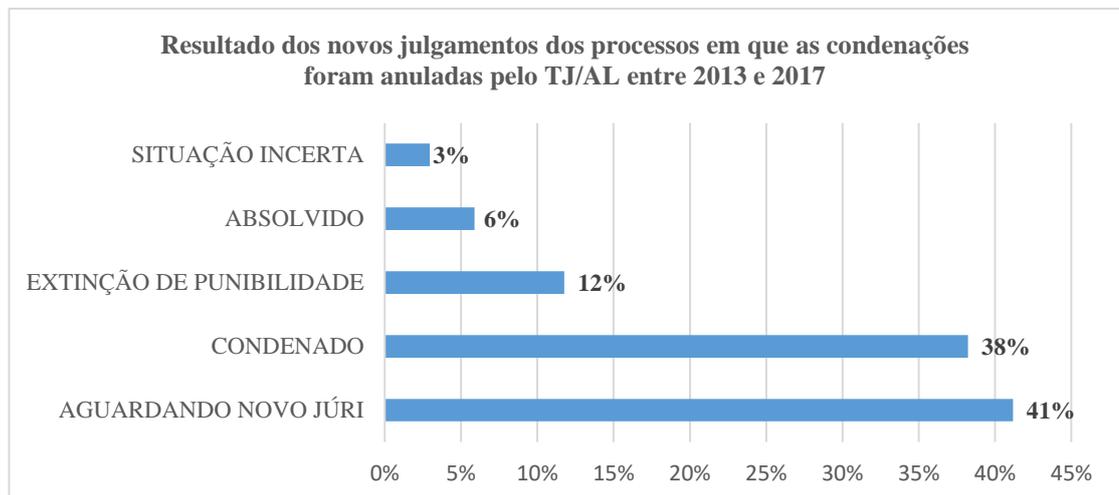


Gráfico 4: Resultado dos novos julgamentos dos processos em que as condenações foram anuladas pelo TJ/AL entre 2013 e 2017

Em síntese, dos 470 réus que recorreram ao Tribunal de Justiça de Alagoas, entre 2013 e 2017, contra a condenação que lhes fora imposta por um Tribunal do Júri, apenas 2 conseguiram convertê-la em absolvição após anulação e novo julgamento (equivalente a 0,42%), sendo esta a quantidade de pessoas que efetivamente restaria prejudicada com a adoção de uma tese que determinasse o cumprimento imediato das penas impostas pelo Tribunal do Júri desde o julgamento em primeira instância, já que os demais condenados tiveram a sua responsabilidade criminal eventualmente confirmada e estariam apenas antecipando uma pena inevitável e legalmente determinada.

Poder-se-ia argumentar que tais estatísticas derivariam de uma ideologia punitivista da Corte Recursal alagoana, que daria muito mais provimento aos recursos do Ministério Público do que aos da defesa, mantendo condenações com poucos indícios e anulando absolvições igualmente frágeis. Entretanto, sem pretensões de investigações subjetivas, mesmo porque inadequadas a uma análise estritamente quantitativa, vê-se que a dogmática processual penal conduz precisamente a uma baixa expectativa de provimento de recursos interpostos contra condenações do júri.

Como já abordado neste trabalho, a soberania dos veredictos impõe limites à devolutividade recursal destas apelações criminais, transformando-as praticamente em um instrumento rescisório em que se admite a anulação apenas em casos extremos, nos quais a decisão dos jurados não encontre nenhum elemento probatório que possa levar à conclusão alcançada.

Aqui reside a dificuldade dogmática e pragmática de se anular uma condenação imposta pelo Tribunal do Júri. Se um caso não possui algum indício ou prova que permita concluir que o acusado é o autor daquele crime, ele não deveria sequer ter sido pronunciado, já que um dos requisitos legais para tanto é que haja indícios suficientes de autoria. A decisão de pronúncia, como visto no início deste capítulo, é um importante filtro judicial contra acusações levianas e frágeis. Tanto o é que, em face dela, o acusado tem a possibilidade legal de instar até a Suprema Corte do país antes de ser definitivamente levado a júri.

Vale destacar, inclusive, que das condenações que foram anuladas pelo Tribunal de Justiça no período pesquisado, praticamente nenhuma havia sido analisada pela Corte por meio de Recurso em Sentido Estrito - RESE, instrumento que, como visto, busca fortalecer o procedimento do Júri e evitar decisões infundadas. Apenas 2 condenações foram anuladas já tendo passado pelo filtro do duplo grau interlocutório¹⁵⁶, gerando uma situação contraditória em que há acórdãos transitados em julgado da mesma Câmara Criminal afirmando que há indícios incriminadores suficientes (no julgamento do RESE) ao tempo em que decide que não há nenhum elemento que sustente a responsabilidade do acusado pelos fatos (no julgamento da apelação).

Anular uma condenação imposta pelo júri, e, assim, reconhecer que não há evidência alguma que suporte a tese acusatória, é evidenciar ter havido um erro grave na fase da pronúncia. Decerto que pode haver, razão pela qual esta modalidade recursal é de extrema

¹⁵⁶ Cuida-se dos processos nº. 0000341-26.2009.8.02.0019 e 0000661-57.2012.8.02.0056.

importância, até mesmo para potencializar a plena defesa. Entretanto, em razão de as decisões de pronúncia possuírem instrumentos de insurgência que podem levar à análise de todas as Cortes Judiciais de nosso sistema, tais casos não se mostram tão frequentes quanto se poderia crer. No caso de Alagoas, como visto, as estatísticas a mantêm em torno de 7%.

Assim, a defesa de uma tese que promova, aberta e irrestritamente, o início do cumprimento da pena dos condenados por crimes dolosos contra a vida imediatamente após a condenação em primeira instância, poderia vir a prejudicar, em Alagoas, apenas 7% daqueles réus que efetivamente recorreram, já que todos os outros tiveram suas condenações mantidas e iniciariam, embora tardiamente, a pena que lhe fora imposta pelo crime cometido.

Como, neste trabalho, defendem-se critérios e restrições, este número atingiria certamente um patamar significativamente inferior, e os que iniciariam antecipadamente sua pena (seja pelo reconhecimento da coisa julgada parcial, seja pelo juízo de cabimento da prisão por sopesamento principiológico) seriam, de fato, apenas aqueles considerados definitivamente culpados por decisão judicial.

5.3. Recursos especiais e extraordinários interpostos em face dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Alagoas

Ainda no intuito de evitar alegações de que o TJAL seguiria, eventualmente, uma ideologia punitivista desarrazoada, e que este seria o motivo pelo alto grau de condenações mantidas, decidiu-se estender a pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça – STJ e ao Supremo Tribunal Federal – STF, de modo a verificar, inicialmente, quantas das apelações analisadas foram objeto de recursos excepcionais e quais as estatísticas de provimento dos recursos efetivamente encaminhados às Cortes.

Estes dados são importantes para demonstrar a imprestabilidade dos recursos excepcionais à impugnação do mérito das decisões tomadas pelo Tribunal do Júri, reforçando as teses expostas nos capítulos anteriores que advogam o início imediato de cumprimento da pena em momentos distintos do tradicionalmente fixado pela doutrina processual.

O que se observou, como visto no gráfico abaixo, é que 70% das apelações do Tribunal do Júri de Alagoas transitaram em julgado integralmente na segunda instância, seja por não ter havido a interposição de qualquer recurso (67%), seja devido aos recursos terem sido inadmitidos sem a interposição de agravo (3%). Apenas 30% das apelações foram objeto de

impugnação, tendo 26% sido efetivamente remetidas às Cortes Superiores para julgamento e 4% ainda estando pendente de juízo de admissibilidade:

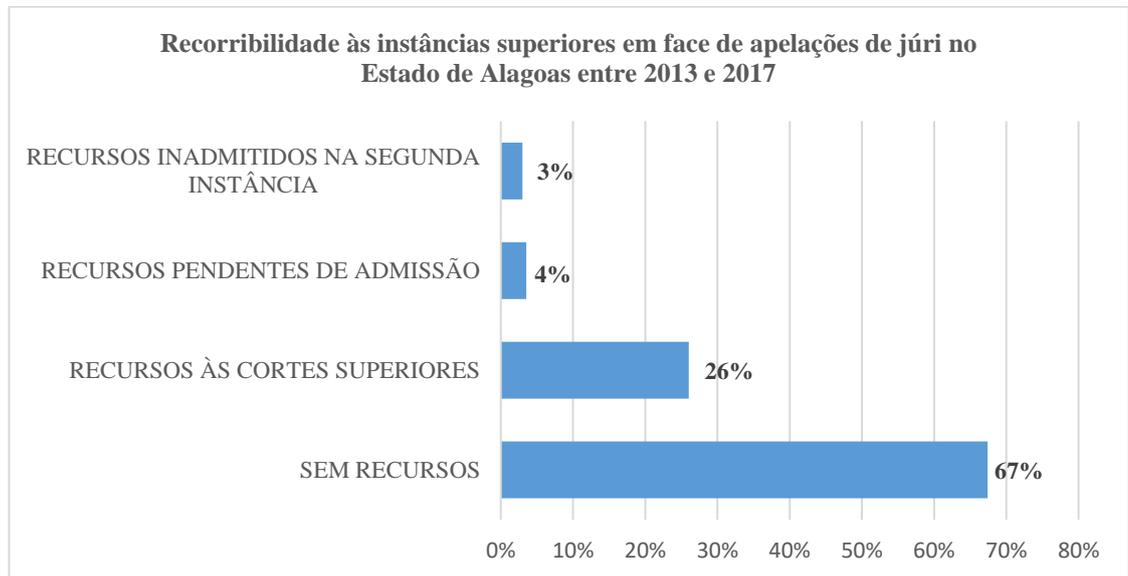


Gráfico 5: Recorribilidade das apelações do júri no Tribunal de Justiça de Alagoas – 2013-2017.

Dos recursos que efetivamente foram encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2013 e 2017, nenhum recurso especial ou agravo foi provido para anular um veredito soberano dos Tribunais do Júri de Alagoas. Embora 35% dos recursos ainda estão pendentes de julgamento, dos já julgados: i) 35% foram inteiramente improvidos; ii) 28% não foram conhecidos; iii) 35% foram providos apenas para redimensionar a pena; e iv) 2% (o equivalente a dois processos) foram providos para restabelecer júris anulados pelo Tribunal de Justiça, demonstrando um prestígio à soberania dos vereditos.

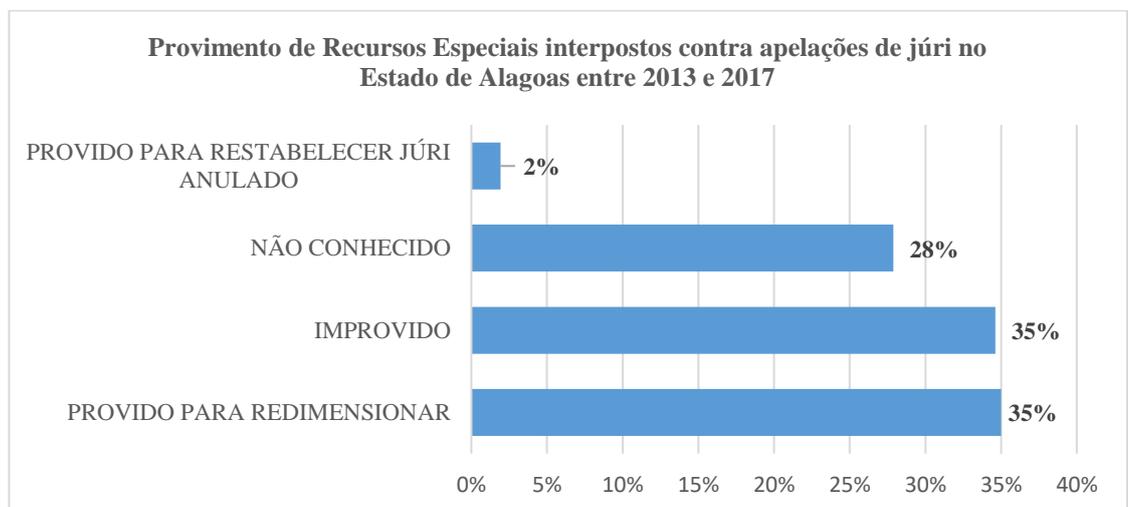


Gráfico 6: Provimentos de Recursos Especiais interpostos em face de apelações de Tribunal do Júri oriundas do Estado de Alagoas – 2013-2017.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, apenas 11 agravos em recurso extraordinário foram encaminhados: dois não foram conhecidos¹⁵⁷ e nove foram improvidos:

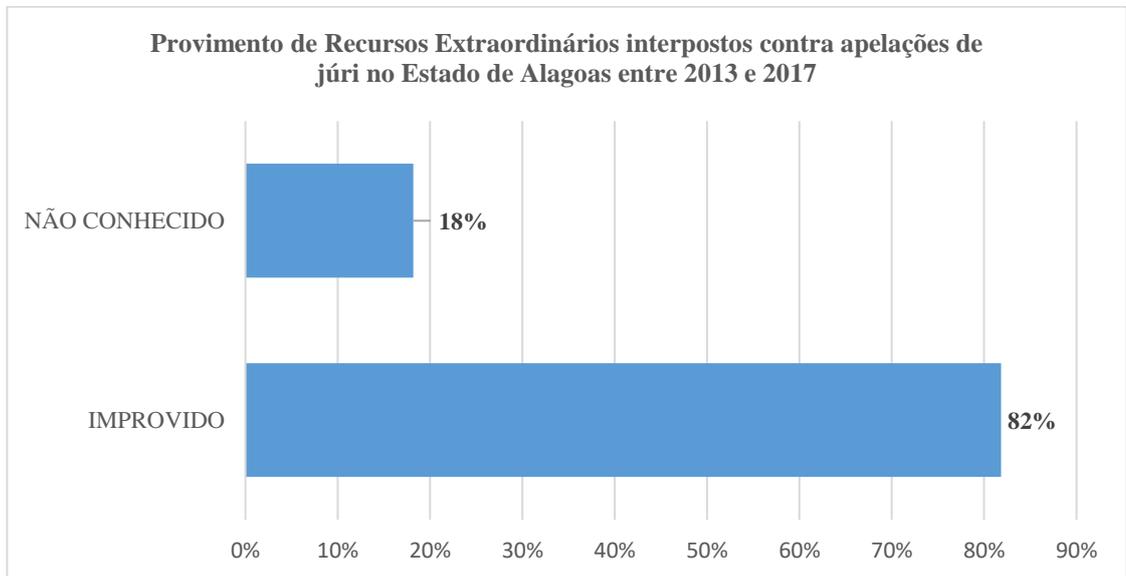


Gráfico 7: Provimentos de Recursos Extraordinários interpostos em face de apelações de Tribunal do Júri oriundas do Estado de Alagoas – 2013-2017.

Pode-se concluir, portanto, que no julgamento de recursos contra apelações do júri remetidos ao STJ e STF pelo Tribunal de Justiça de Alagoas entre os anos de 2013 e 2017, nenhum recurso especial, extraordinário ou respectivos agravos foram providos para anular veredito soberano do Tribunal do Júri, seja ele condenatório ou absolutório, assumindo estas Cortes suas funções como Corte Suprema de função proativa orientadora da Jurisprudência e não reativa de revisão de casos concretos específicos.

Novamente, não se trata de uma conclusão completamente inesperada ou sem fundamentos, mas que confirma com dados as conclusões dogmáticas a que chegou este trabalho e reforça a necessidade de se repensar o momento de início de cumprimento das penas impostas pelos conselhos populares de sentença, já que o esgotamento da estrutura do Poder Judiciário, nos casos de vereditos soberanos do Tribunal do Júri, se mostra um instrumento não só inconstitucional, mas inócuo e protelatório, destinado unicamente a adiar a responsabilização penal de pessoas culpadas por crimes dolosos contra a vida, em detrimento da soberania dos vereditos.

¹⁵⁷ O ARE 1012225 foi reconhecido intempestivo, enquanto o ARE 894399 foi tido por prejudicado ante o provimento de Recurso Especial.

Não há espaço, em um Estado Democrático de Direito, para se conferir a Cortes Supremas como o STJ e o STF papel de revisor da valoração probatória das alegações de fato contidas numa causa criminal, sob pena de deslegitimar suas funções constitucionais e transformá-las em Cortes Superiores de passagem, superlotando-as ainda mais de processos e prejudicando a necessária segurança jurídica advinda da estabilização dos precedentes por elas criados.

Igualmente ilegítimo impor efeito suspensivo obrigatório a um recurso de devolutividade restrita, com expectativa de provimento limitada legal e constitucionalmente, e que, no caso da justiça alagoana entre 2013 e 2017, apenas logrou êxito em transformar uma condenação em absolvição em 2 casos (correspondente a 0,42% das condenações apeladas no período), reforçando a necessidade de se repensar a forma como se estrutura e se interpreta o processo penal do Tribunal do Júri e o momento inicial de cumprimento das penas por ele impostas.

6. A LEGITIMIDADE SUPRADOGMÁTICA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Não há como negar que as conclusões que este trabalho alcançou, assim como a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016, apresentam-se como uma completa ruptura com um precedente estabelecido e relativamente consensual na doutrina criminal brasileira, tendo a decisão recebido diversas críticas pela insegurança jurídica que desencadeou na aplicação da lei processual penal.

Não que o relativo consenso doutrinário implique a aceitação integral, ilimitada e perpétua de determinada tese, sem a possibilidade de nova definição para o alcance de supervenientes necessidades sociais e perspectivas constitucionais. Entretanto, como Robert Alexy destacou, a função estabilizadora da dogmática e da jurisprudência impõe um ônus argumentativo muito maior àquele que pretende a ruptura da tradição, impondo-lhe a responsabilidade de fundamentar não só juridicamente sua nova concepção como também demonstrar seu valor como desestabilizador do consenso¹⁵⁸.

A decisão do Supremo Tribunal Federal implicou uma completa modificação da interpretação então consolidada pela própria Corte, situando-se naquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional, definida, pela doutrina de Luís Roberto Barroso como a alteração informal da Constituição por meio da transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição, sem modificação de seu texto¹⁵⁹.

Em sua obra, o Ministro Barroso defende a importância da mutação como elemento de plasticidade das normas constitucionais e a expõe como fruto do impacto da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma, pretendendo tornar legítimo o que antes não era, ou vice-versa, por meio da atribuição de nova interpretação à norma constitucional para compatibilizá-la com as exigências sociais¹⁶⁰, sem descaracterizá-la.

Nesse contexto, importante que se demonstre haver legitimidade, a teses que advogam momentos antecipados de execução da pena, que transpassa sua razão de ser dogmática, transformando-as numa cisão jurisprudencial necessária sob uma perspectiva político-criminal e identificando quais seriam as exigências sociais que justificariam a mutação do precedente. Pretende-se revisar o conteúdo sob uma premissa preventiva de funcionalidade da pena.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2011, p. 262.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 172.

6.1. Legitimando propostas de reformulação processual em tempos de “crise” do sistema penal

Constantemente surgem novos fatos e eventos que fazem repensar a maneira como se faz ou se entende o Direito Penal. Rebeliões carcerárias violentas, crimes brutais, indignidade das instalações carcerárias, violações institucionais de direitos fundamentais, abusos policiais e tantas outras questões tornam inevitável o discurso de que haveria uma crise no sistema penal que o deslegitimaria, bem como todas as propostas que visassem fortalecê-lo, como, por exemplo, a execução provisória ou antecipada da pena.

Zaffaroni defende que não se poderia falar de uma crise do sistema penal, compreendida a expressão como uma falência ou descrédito temporário e relacionado a um determinado sistema em dado momento histórico, já que os elementos responsáveis pela dita crise não seriam conjunturais e sim “estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”¹⁶¹.

Por essa linha ideológica caminharam os teóricos da criminologia crítica, que identificam pontos fundamentalmente colapsais dentro do sistema penal e o veem como um aparelho de controle e higienização das classes marginalizadas. Alessandro Baratta, nessa mesma perspectiva, desenvolve uma linha político-criminal alternativa que se dirige da máxima contração até a superação do sistema penal, tido por ele como um sistema “capilar e totalizador de controle do desvio, através de instrumentos administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais, sobretudo, este aparato repressivo exerce a própria ação”¹⁶².

Construiu-se, então, a ideia de que as críticas ao sistema penal deveriam conduzir o pesquisador a uma conclusão necessariamente abolicionista, ou, no mínimo, à dita teoria agnóstica da pena que, embora a entenda como um fenômeno inevitável das sociedades atuais, compartilha da expectativa abolicionista de superação do modelo sancionatório¹⁶³. Vê-se com desdém acadêmico todos aqueles que procuram trabalhar com reformulações do sistema penal, afirmando-se que qualquer discurso de justificação ou legitimação da pena é simples desculpa para a expansão ilegítima do poder punitivo¹⁶⁴.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

¹⁶² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 205-206.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 162.

Decerto que não se podem ignorar tais críticas. O estudo das ciências criminais, sejam eles com enfoque material, processual ou de política criminal, não pode abster-se das contribuições da Criminologia, já que ela é a fonte estrutural de todo o estudo penal. Diz Claus Roxin que “transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”¹⁶⁵.

Contudo, não parece que a absorção das constatações científicas da criminologia conduza, necessariamente, a uma perspectiva que deslegitime completamente um poder punitivo estatal, ou, ainda, que esteja em conflito com toda e qualquer proposta que implique uma reformulação do sistema penal com uma maior racionalidade do procedimento de apuração e sanção.

A superação do Direito Penal ainda não é uma ideia cogitável, por mais críticas que possa haver acerca de sua operacionalização nas sociedades pós-modernas e periféricas. Como disse Phillippe Robert, “(n)uma sociedade sem Estado domina a violência pela constante manutenção e restabelecimento dum (relativo) equilíbrio de forças entre os clãs, mediante a operação do mecanismo vindicativo”¹⁶⁶.

Por mais que o conteúdo das incriminações possa variar de um país para o outro, é inegável que a violência e a violação de regras são algo típico e esperado nas relações sociais. Não necessariamente sob uma perspectiva hobbesiana de um homem naturalmente e essencialmente mau, mas compreendendo a complexidade das relações humanas e o relevante papel que os delitos exercem no seu desenvolvimento, mostrando-se civilizatória a instituição de mecanismos de controle para a manutenção de uma coexistência pacífica. Diz Lima que “somente no paraíso é que poderíamos pensar em abrir mão do controle social, e, ainda que este esteja circunscrito por limites fundamentais, sua atuação é essencial para possibilitar a coexistência das liberdades”¹⁶⁷.

Ainda sob essa ótica, uma sociedade democrática não pode abrir mão da estatização do controle, pois a força dissuasiva da pena se basearia no desequilíbrio formal entre o apenador e o apenado¹⁶⁸. Basta observar as comunidades que são controladas por formas de poder alternativo, ou determinadas localidades em que a atuação do sistema é falha ou insuficiente,

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82.

¹⁶⁶ ROBERT, Philippe. *Sociologia do Crime*. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 27.

¹⁶⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, 2012, p. 25.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

para se verificar o descontrole e o caos social que se instalam na ausência de um sistema penal estatizado eficiente.

Embora tenha havido uma evolução nos procedimentos punitivos em busca de uma maior racionalização e humanização de sua execução, não se nega que haja uma violência intrínseca à pena. Entretanto, o sistema penal não se resume a pura violência, já que advém de uma regularidade normativa que pretende moderar e controlar a força. A regulação e a intermediação da pena pelo Estado Juiz, ao fim de um processo organizado por fórmulas, distinguiriam a pena da violência pura e simples¹⁶⁹.

Esta digressão serve para demonstrar como não se deve sumariamente descartar toda e qualquer perspectiva de reformulação do processo penal por entendê-la como expressão de um poder punitivo ilegítimo, já que a busca por uma racionalização e uma melhor estruturação do sistema são justamente tentativas de se regular normativamente a violência intrínseca da pena, e, assim, legitimá-la materialmente.

As alterações devem ser sempre esmiuçadas e justificadas numa perspectiva dúplice, tanto sob uma ótica dogmática e constitucional, quanto numa perspectiva supralegal, levando a compreender a razão cultural, social e política de certos comandos e propostas, sempre a problematizá-los no contexto do choque de interesses da história, como já havia proposto Bettiol¹⁷⁰.

Assim, deve-se raciocinar sobre a definição de novos momentos iniciais de cumprimento da pena de modo que, superada sua compatibilidade dogmática, abordada exaustivamente nos capítulos anteriores, busque-se justificar sua funcionalidade e imprescindibilidade como instrumento político criminal, analisando de que forma ela potencialmente irá intervir no trato com a criminalidade.

6.2. Reconhecendo os efeitos político-criminais das decisões judiciais

Para que se possam compreender os efeitos extra-autos do momento de cumprimento da pena, necessário que duas premissas básicas e inter-relacionadas sejam estabelecidas:

¹⁶⁹ ROBERT, Philippe. *Op. cit.*

¹⁷⁰ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Op. cit.*

primeira, a de que o Poder Judiciário possui legitimidade e capacidade para a instituição de políticas criminais, e a segunda, que elas possam ser estabelecidas dentro da esfera de análise e decisão do próprio Direito Penal.

Os autores clássicos positivistas tinham dificuldade de compreender uma relação entre política criminal e Direito Penal, visualizando a primeira como um instrumento pertinente aos ramos executivo e legislativo do Estado, destinados a intervenções sociais de prevenção e combate à delinquência, enquanto o Direito Penal manteria sua função liberal garantista de proteção formal do delinquente contra o poder punitivo estatal.

Não há dúvidas de que a política criminal é efetivamente um espectro das políticas públicas tradicionais. Ripolles observa que ela “aspira a ser um agente de transformação social, mas confinada a um segmento limitado do comportamento social”¹⁷¹, tendo como objetivo prevenir a prática de crimes, reduzindo-os a um patamar aceitável. Nesta compreensão, qualquer postura do Estado que direcione o olhar na perspectiva de prevenir ou lidar com a delinquência pode ser compreendida como um esforço político-criminal.

Diferentemente dos clássicos, deve-se compreender que a política criminal pode (deve) penetrar no espaço do Direito Penal e das decisões judiciais, não se admitindo que estas sejam idealizadas sem a consideração de suas consequências para além das partes envolvidas. Toda decisão judicial possui um inegável impacto na esfera das relações sociais, algumas de forma mais limitada ao caso concreto, outras com expressão simplesmente comunitária, e tantas com impacto geral.

Não pode o Magistrado, sob a justificativa de obediência estrita à dogmática penal, negar-se à percepção das consequências de sua decisão, sob pena de deslegitimá-la numa perspectiva material de funcionalidade do Direito Penal. Claus Roxin segue esse pensamento especialmente quando afirma que “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese”¹⁷², já que “uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material”¹⁷³. Diz ele, ainda, que um sistema penal frutífero só há de existir com decisões que conjuguem ordem e clareza conceitual, proximidade com a realidade e orientação por fins político-criminais¹⁷⁴.

¹⁷¹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103.

¹⁷² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2000, p. 20.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2000, p. 28.

É certo que há uma dificuldade lógica de os Magistrados intervirem socialmente nas causas da criminalidade, porquanto o fato a ser julgado já chega às suas mãos com o dano social consolidado, conferindo uma natureza prospectiva às ações judiciais, o que faz com que muitos juízes que punem não se sintam responsáveis pela punição, isolando o problema apenas para quem cometeu o delito¹⁷⁵. Dessa forma, muitos se amparam nessa virtual irreparabilidade como fundamento para abstenção com preocupações político-criminais, transformando a norma jurídica penal num escudo para lavar as mãos diante de seu papel no trato com o problema da criminalidade.

Compartilha-se do desconforto expresso por Claus Roxin, que argui se o trabalho sistemático da dogmática não estaria sendo caracterizado por uma desproporção entre os esforços dos estudiosos e suas consequências práticas. Não se pode mais conviver com a visão formalista de aplicação da lei penal, a despeito de seus efeitos político-criminais, e tanto legisladores quanto doutrinadores e intérpretes da lei penal devem exercer seus labores com a visão para além desta higidez. Afinal, diz ele, “se o que importa é somente organização, igualdade e domínio sobre a matéria, então todas as discussões sobre o sistema ‘correto’ parecem pouco produtivas”¹⁷⁶.

Nessa perspectiva, parece natural que a ideia de consequencialismo ingresse na esfera argumentativa das decisões judiciais penais. Basile Christopoulos, ao abordar as discussões acerca do consequencialismo, conclui que a análise das consequências de uma decisão não é privativa dos casos difíceis (*hard cases*) ou de situações de anomia, mas se mostra um importante elemento argumentativo para a escolha entre as diversas formas de interpretação possível. Conclui que “todas as decisões devem almejar, ao menos, não produzir efeitos nefastos para o ordenamento”¹⁷⁷.

A discussão acerca do consequencialismo no Direito Penal é bastante criticada pelo fato de gerar uma perspectiva ideologicamente efficientista na justiça criminal, em que as decisões são tomadas com elementos consequencialistas se sobrepondo às exigências dogmáticas e às garantias processuais e materiais, relegadas a segundo plano em prol de um suposto bem maior gerado pela condenação/absolvição. Não é isso que se está a defender.

¹⁷⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, 2012, p. 23.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2000, p. 6.

¹⁷⁷ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento Consequencialista no Direito. In: *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6. Nº 3 (2015). Constitucionalização dos Direitos no Brasil, p. 24.

Há um papel estabilizador relevante da dogmática, que se traduz em segurança jurídica para o jurisdicionado e que não pode ser ignorado ou tido como de menor relevância na aplicação do Direito Penal. A busca do intérprete deve ser sempre pela harmonia, com as considerações político-criminais a servirem como instrumento de escolha entre interpretações dogmáticas possíveis e constitucionalmente adequadas.

Tampouco deve ser admitido um consequencialismo dirigido ou manipulado, ou seja, o julgador não pode optar por analisar apenas os efeitos positivos da decisão, utilizando-os como forma de argumento de autoridade, e evitar confrontar as potencialidades negativas. Para que a política criminal seja eficaz, é necessário que todo o espectro de impacto social da decisão seja efetivamente considerado, mesmo que para sua rejeição como elemento de convencimento.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no *HC 126.292/SP* é um exemplo claro disso. Em sua fundamentação, o Ministro Luís Roberto Barroso elencou todos os pontos em que julgou que a nova orientação impactaria positivamente, apresentando a racionalização do sistema recursal, a diminuição da sensação de impunidade, o prestígio das instâncias inferiores e a diminuição da sobrecarga dos Tribunais, a proteção mais célere e efetiva de bens jurídicos, entre outros¹⁷⁸. Entretanto, silenciou quanto ao eventual encarceramento em massa e à superlotação carcerária que poderia advir da decisão, processos de responsabilidade civil por prisões revertidas, o efeito jurídico e social de eventual perpetuação de ilegalidades pela restrição do acesso à justiça, entre outros.

Não se está a afirmar que tais consequências são mais ou menos relevantes do que as vislumbradas pelo Ministro. O que se critica é que o Supremo Tribunal Federal ignorou ou ocultou uma premissa que potencialmente poderia desqualificar o peso de sua argumentação consequencialista. Seu enfrentamento, mesmo que para refutação, seria necessário para fortalecer a racionalidade e a controlabilidade da decisão.

Ademais, reconhecendo a argumentação consequencialista como um elemento definidor da natureza político-criminal das decisões judiciais penais, como é o objetivo desta discussão, a tomada de decisões à revelia da análise de suas potenciais consequências negativas – em especial aquelas mais óbvias, como o caso acima mencionado – deslegitima a decisão e põe em dúvida a sua eficácia como instrumento transformador.

Diez Ripolles defende a necessidade de a política criminal abandonar uma argumentação puramente fundada em princípios e dogmática e discutir alternativas apoiadas

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP*. *Op. cit.*

em dados empírico-sociais com eficácia testada e comprovada¹⁷⁹. Ele critica, a nosso sentir, acertadamente, a tendência de se utilizar o garantismo ou outras perspectivas teóricas de compreensão do Direito Penal como basilares para a legitimidade das políticas criminais, compreendendo, por outro lado, que o debate deve se desenvolver sob uma ótica pragmática, de efetividade e eficácia das medidas de intervenção social¹⁸⁰.

Assim, observada a legitimidade das análises consequencialistas nas decisões penais e o seu papel como instrumento de política criminal, passa-se a discorrer acerca da potencial intervenção coletiva da ideia de novos marcos iniciais de cumprimento da pena e sua eficácia como instrumento de modificação social.

6.3. A funcionalidade do início célere de cumprimento da pena como instrumento preventivo

Quando do ressurgimento da discussão da execução provisória da pena no direito brasileiro, em fevereiro de 2016, a justificativa evidente para a tese era a de que ela contribuiria para o enfrentamento ao crime por reduzir a sensação de impunidade e incrementar a certeza da punição, uma revitalização do pensamento clássico de Beccaria¹⁸¹ de que, mais do que o tamanho da punição, é sua certeza que põe freio aos anseios daquele que idealiza o crime.

Na modernidade, essas ideias, de matriz utilitarista, foram refinadas e aprofundadas a partir da incorporação de concepções pragmáticas e princípios clássicos da economia ao direito. Oliver Holmes Jr., em conferência datada de 1897¹⁸², já apresentava sua conhecida metáfora do *bad man*, para diferenciar o direito da moral, observando que o homem que pretende cometer o crime não o evita por eventuais controles éticos, mas pelo simples medo das consequências da incidência da força pública, em uma análise de risco e benefício que pressupõe presente em qualquer conduta humana racional.

James Q. Wilson, um dos expoentes modernos da teoria da dissuasão no direito americano, resume sua ideia de *deterrence* a um debate sobre a eficácia de se tentar prevenir crimes fazendo com que os pretensos ofensores se sintam amedrontados em cometê-los¹⁸³. Partindo da ideia de que o pretense criminoso realiza um juízo de custo e benefício – mesmo

¹⁷⁹ RIPOLLES, José Luiz Diez. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>

¹⁸² HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: *Harvard Law Review*. Vol. 10, nº 08, 1897.

¹⁸³ WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 2013, p. 105.

que inconsciente ou por milésimos de segundo –, calcula todas as possíveis consequências negativas e positivas de seu ato e as considera para a decisão final, as teorias modernas de análise econômica do Direito Penal apresentam a pena como importante elemento de dissuasão do futuro ofensor, pretendendo posicioná-la como um alto custo para a balança.

Verifica-se claramente que a ideia da teoria da dissuasão, sob o viés econômico proposto pela doutrina americana, é uma revitalização da velha compreensão utilitarista de prevenção geral negativa, agregando elementos de análise de custo e benefício para se asseverar que a pena possui a função de exemplo à comunidade, de forma a desestimulá-la no tocante a novas práticas delituosas.

A prevenção geral surgiu de uma matriz essencialmente iluminista, sendo defendida por Locke, Beccaria e Bentham, entre outros de similar filiação filosófica, a partir da ideia da eficácia dissuasiva do exemplo, e é, segundo Ferrajoli, a única teoria justificadora da pena que não confunde programaticamente o direito com a moral, já que não possui pretensão de correção do indivíduo criminoso¹⁸⁴.

Dizia Bentham que a natureza transformou o homem em um ser governado por dois mestres, a dor e o prazer, de modo que inevitavelmente fugirá da primeira e direcionará suas condutas ao último¹⁸⁵. As ações do Estado, portanto, devem visar à felicidade da comunidade e, para tanto, devem ser idealizadas para excluir do seio social toda forma de dano ou fonte de dor aos cidadãos. Entretanto, ainda Bentham, considerando que a pena é inevitavelmente um dano, uma dor, esclarece que ela somente deveria ser admitida visando excluir um mal maior, já que assim se estaria a ampliar a esfera de felicidade da comunidade em geral¹⁸⁶.

Nesse contexto, sob uma perspectiva de prevenção geral, a pena estaria legitimada como um instrumento de dissuasão coletiva da prática de novos crimes, promovendo, assim, um bem maior que superaria o dano por ela infligido. Necessitaria ser certa, severa e célere, para que tal efeito atinja sua potencialidade máxima. Nesse sentido, identificando-se que os três pilares das doutrinas utilitaristas são certeza, severidade e celeridade da punição, é inegável que se trata de uma teoria esvaziada em um sistema jurídico-penal que permite a manutenção da

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁵ BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: TONRY, Michael (org.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. New York: Oxford University Press, 2011.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

liberdade por anos do cidadão que comete um crime, mesmo após o Judiciário reconhecer a sua culpa.

Decerto que a execução antecipada da pena não lida diretamente com as causas da criminalidade, ou seja, não vai até a raiz do problema, como o próprio James Q. Wilson reconheceu não ser a pretensão das teorias da dissuasão¹⁸⁷. Caso se dediquem exclusivamente todas as estratégias de enfrentamento à descoberta das causas do crime, ou seja, aquilo que surge na mente do indivíduo e que o faz tomar a decisão de violar determinada lei penal, esbarrar-se-ia numa discussão etiológica extremamente profunda e que não atenderia, necessariamente, às necessidades sociais preventivas.

Como Philippe Robert concluiu, acertadamente, mesmo após a criminologia estudar e construir inúmeros modelos para a explicação do crime, não se percebeu nenhum progresso real do conhecimento científico deste fenômeno¹⁸⁸. Diz ele que um autor que trabalha sobre alguns tipos de crime raramente consegue transportar seus resultados e conclusões para explicar os demais.

Ademais, como construir uma explicação única para certo tipo de comportamento cujo conteúdo é errático no tempo e no espaço? Vale dizer, como construir a ideia de que existe uma causa ontológica para o crime, quando certa conduta é reprovada apenas em um lado da fronteira entre países, por pura opção política alheia ao indivíduo, sendo perfeitamente aceitável do outro lado? Robert afirma que para compreender o que caracteriza o crime, a atenção deveria ser focada sobre aquilo que há de comum e exclusivo a todas as suas variedades¹⁸⁹.

Wilson trabalha sob a mesma premissa e afirma não ser algo fácil, nem sequer possível, alterar, planejada e sistematicamente, a mente dos homens; caso se concentrassem os esforços nessa perspectiva, padecer-se-ia sem paz. Diz ele que o desmerecimento de qualquer política de prevenção ou redução de crime, ou sua consideração como defeituosa, simplesmente porque ela não pretende atacar as “causas” do crime, acabaria por gerar apenas medidas fúteis e frustrantes¹⁹⁰.

A execução antecipada das penas impostas pelo Tribunal do Júri, como algo que efetivamente reforça a confiança da população na força pública, se presta a aumentar a certeza no cumprimento de uma pena em face do cometimento de um crime contra a vida, robustece o

¹⁸⁷ WILSON, James Q. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁸ ROBERT, Philippe. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹⁰ WILSON, James Q. *Op. cit.*, p. 36.

sentimento de autorresponsabilidade dos jurados e age como elemento de dissuasão coletiva a ser incluído na balança de custos e benefícios do cidadão que pretende cometer um crime. Esse fortalecimento da certeza do cumprimento da pena tem potencialidade de agir inclusive sobre a chamada sensação coletiva de insegurança da população vitimizada.

6.4. A execução antecipada da pena como resposta a uma exigência de fortalecimento da segurança subjetiva e sua relação com a dissuasão coletiva

Jesús-Maria Silva Sánchez realizou um relevante estudo sobre as características e causas do expansionismo do Direito Penal, identificado como uma tendência moderna de potencialização da esfera punitiva estatal através da criação de novos bens jurídicos penais, ampliação dos espaços de risco, flexibilização das regras de imputação e relativização de garantias fundamentais¹⁹¹.

Uma das causas desse expansionismo seria a necessidade de apelar um sentimento coletivo de insegurança, ou seja, a sensação da comunidade de estar entregue ao mal e com risco imediato de vitimização, agravada por um recebimento desenfreado de informações duvidosas, uma quebra dos paradigmas de solidariedade, uma maior exposição, dramatização e exploração dos crimes pelos meios de comunicação e uma falência dos organismos de controle e punição. Conclui, contudo, que a vivência subjetiva dos riscos se percebe claramente superior à sua existência objetiva, já que nem sempre o sentimento de medo se traduz em um risco direto¹⁹².

Dessa forma, acaba por surgir uma pretensão pública por demandas que ampliem a proteção penal e que ponham fim à angústia da insegurança¹⁹³. A segurança pública, para além de um direito fundamental consolidado, converte-se num anseio coletivo quase obsessivo, que não se deveria ou poderia ignorar.

Pode-se correlacionar esse pedido público por mais segurança à ideia de sentimento constitucional que foi invocada pelo STF como um dos elementos justificadores da mudança do precedente no que tange à execução provisória da pena, já que tal argumento foi suscitado

¹⁹¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Op. cit.*

¹⁹² *Ibidem*, p. 46.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 50-51.

como uma espécie de exigência hermenêutica do jurisdicionado, ou seja, um anseio dos destinatários da Constituição, e fontes primeiras de sua legitimidade, para que tal interpretação prevalecesse.

Definir novos marcos iniciais para o cumprimento da pena, nesse contexto, para além de sua razão de ser dogmática, aparece indubitavelmente como uma resposta do Poder Judiciário (sistema penal) aos anseios da opinião pública de incremento de sua sensação de segurança, numa postura relacionável com o expansionismo penal, descrita por Silva Sánchez. Tal circunstância mitigaria a ideia que se construiu do tema como um ato de “perversidade estatal”¹⁹⁴, um atentado do Supremo Tribunal Federal contra a população, já que há a atenção a demandas populares nesse sentido.

Não se está a afirmar que isso, por si só, legitimaria a decisão, até porque é certo que muitas vezes a Suprema Corte deve funcionar contra majoritariamente como uma proteção última das minorias contra a vontade das majorias, e o Direito Penal não pode se desvincular de suas funções garantistas para a atenção de clamores populares. Tampouco Silva Sánchez identifica esse expansionismo penal como algo necessariamente legítimo.

O fato de a execução provisória da pena amparar-se num aspecto de atenção a anseios públicos de incremento da segurança subjetiva demonstra claramente sua potencialidade como elemento de interferência no imaginário coletivo relacionado à confiança nas instituições penais e na incidência da força pública, tornando-a legítima também em razão desta circunstância.

Aqueles que criticam a execução antecipada da pena a partir de sua identificação como uma pura e simples resposta à opinião pública não percebem que, enquanto ela age como elemento de confiança da população em geral, ela também age, necessariamente, como desestímulo a criminosos em potencial que integram a mesma população. Ou seja, se de um lado a sociedade se sente um pouco mais segura por saber que criminosos condenados serão mais celeremente punidos, da mesma forma os que pretendem cometer o crime, que integram essa mesma sociedade, deverão considerar tal estímulo de forma negativa para se sentirem mais inseguros no momento da decisão de cometê-lo. Não se pode ignorar o aspecto dúplice de tal interferência.

Tal impacto, da mesma forma que a sensação de insegurança, talvez se constate de forma mais simbólica e subjetiva do que numa redução drástica do número de crimes, como será visto

¹⁹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Op. cit.*, p. 136.

adiante, mas não se pode negar o efeito intimidador da antecipação do marco *a quo* de cumprimento da pena em seu viés funcional de prevenção geral negativa.

Pesquisadores do IPEA, que analisaram os dados acerca de violência doméstica após a Lei Maria da Penha, concluíram que as mudanças promovidas por esta lei “fizeram aumentar o custo esperado da punição, com potenciais efeitos para dissuadir a violência doméstica”¹⁹⁵. Observaram, contudo, que tal eficácia não se deu de modo uniforme, nem territorialmente, uma vez que ela depende também da institucionalização de serviços protetivos, o que é realizado de modo desigual no território nacional; nem cronologicamente, pois à medida que as deficiências estruturais intervinham no sistema processual e os agressores restavam impunes, o efeito dissuasivo se dissipava.

Tal circunstância demonstra que o reforço constante da confiança do cidadão nas instituições penais, uma das pretensões da tese que defende hipóteses de execução diferenciada da pena, é elemento essencial, tanto para aplacar o sentimento de insegurança da população potencialmente vitimizada, quanto para dissuadir o pretense criminoso de seu intento delitivo.

Não há nada de essencialmente ilegítimo em se expandir a esfera de alcance do Direito Penal, desde que o expansionismo se ajuste às diretrizes dogmático-constitucionais democráticas – o que se concluiu nos capítulos anteriores ser o caso desta tese – e se legitime como um instrumento político-criminal de ingerência potencialmente redutora da criminalidade.

6.5. A potencialidade autoritária e abusiva de sua aplicação

Não faltam críticas a essa perspectiva dissuasiva da dita execução provisória, críticas estas que são atreladas àquelas formuladas contra a ideia de uma função preventiva geral negativa da pena. Observa-se que elas usualmente amparam suas contra-argumentações na potencialidade arbitrária e autoritária de se compreender a pena como um “exemplo” e na conclusão de que o aumento de punição não tem gerado uma diminuição do número de crimes.

Diz-se que a compreensão da pena como um instrumento de exemplo para a coletividade possui uma potencialidade para abusos e ações autoritárias, e é fato que a experiência costuma demonstrar a veracidade desta crítica. A prevenção geral negativa usualmente é invocada como instrumento justificador da criminalização desenfreada de

¹⁹⁵ IPEA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha – Texto para Discussão*. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em 10.5.2017.

condutas, aumento de penas abstratas para crimes de menor lesividade, fixação de penas concretamente altas, relativização das exigências para prisões cautelares, encarceramento em massa, entre outras condutas abusivas do sistema penal e que se pretendem legítimas pela ideia de transporem um “exemplo” às pessoas pretensamente criminosas.

Entretanto, o fato de a teoria abrir espaço para interpretações autoritárias não deslegitima suas construções teóricas, especialmente pelo fato de isso não ser exclusividade deste modelo. Qualquer tese pode ser manipulada ou distorcida para fins abusivos caso seja esse o intento do intérprete. Roxin¹⁹⁶ busca solucionar esta questão ao propor uma compreensão polifuncional da pena, harmonizando as ideias de prevenção geral e especial em um modelo que controle abusos de ambos os lados, ao tempo que usa sua noção de culpabilidade para delimitar as esferas de intervenção estatal penal, evitando que ideais preventivos gerais possam ser hiperbolizados em detrimento do cidadão.

Quanto a teses que defendam o início da pena em momentos anteriores ao trânsito em julgado integral da sentença, embora à primeira vista pareça haver uma identificação ideológica com as criticadas políticas de encarceramento em massa, vê-se que estas contemplam um espectro muito maior de ações estruturais, desde o aprisionamento excessivo de condutas pouco lesivas e a instrumentalização dos mecanismos de prisão como neutralizadores sociais até o aspecto processual da banalização e/ou mitigação dos requisitos das custódias cautelares.

Todavia, as hipóteses defendidas neste trabalho para redefinir o termo *a quo* de cumprimento da pena imposta pelo Tribunal do Júri não interferem no processo material de criminalização de condutas, nem extirpam quaisquer das garantias relativas ao trâmite do processo em si, como plena defesa, contraditório, sistema acusatório, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência como regra de julgamento, ônus da prova, excepcionalidade da prisão cautelar, entre outras tantas conquistas civilizatórias essenciais num processo penal democrático.

Em uma perspectiva mais empírica, pesquisadores do Projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, analisaram estatisticamente os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal e concluíram que ela poderia implicar prisão imediata de cerca de 3 mil réus em todo o país, o que equivale atualmente a 0,6% da população carcerária¹⁹⁷. No

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

¹⁹⁷ HARTMANN, Ivar Alberto et al. *Impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP: um estudo*

procedimento do Júri, especificamente em Alagoas, viu-se no capítulo anterior que apenas 7% dos que recorreram de sua condenação tiveram ela anulada e apenas 0,42% conseguiram eventualmente transmuda-la em absolvição.

Tais números parecem baixos, em uma compreensão global do sistema penal, mas se mostram realistas quando se constata a baixa acessibilidade do jurisdicionado às Cortes Superiores. Se analisados o número de processos criminais que transitam em julgado nas instâncias inferiores e o de recursos especiais e extraordinários efetivamente interpostos e admitidos, vê-se que hoje a pena da maior parte dos destinatários do sistema penal já é executada na segunda instância ou quiçá antes da condenação em razão de prisões cautelares. Como visto na pesquisa destrinchada neste trabalho, em Alagoas apenas 26% das apelações relativas a júri chegam a ser encaminhadas ao STJ e STF, atingindo-se números muito menores se forem agregados os júris que nem sequer objeto de apelação são.

O que está em jogo é uma melhor organização do sistema recursal, e, no caso do júri, o prestígio às decisões constitucionalmente soberanas do conselho popular e a certeza do cumprimento da pena por parte daqueles que atentem dolosamente contra a vida.

Decerto que há potencialidade para abusos na aplicação do novo precedente. O autoritarismo, contudo, não reside na tese em si, mas em sua eventual aplicação generalizada sem o necessário *distinguishing*, com a execução imediata da pena mesmo naqueles casos em que a verossimilhança das alegações recursais indique uma possibilidade concreta de revisão superior, ou em que a responsabilidade criminal se assente em teses puramente jurídicas e não fáticas.

Mudanças tão significativas não surgem de forma instantânea e definitiva, mas são instaladas paulatinamente no universo jurídico, acadêmico e profissional, a partir da construção de argumentações que convençam o auditório universal. Não será a única ou última vez em que a jurisprudência deverá analisar a matéria; certamente, surgirá a necessidade de ele vir a controlar eventuais abusos construídos com fundamento na nova tese, e é salutar que ele efetivamente o faça.

6.6 A (in) eficácia da pena como instrumento de dissuasão coletiva

Salo de Carvalho, ao criticar a ideia da pena com função preventiva geral negativa, afirma não haver “instrumentos idôneos que permitam demonstrar a existência de uma relação factível entre a existência das sanções e o não cometimento dos delitos”¹⁹⁸, destacando que, na modernidade, a expansão punitivista aumentou significativamente o número de encarceramentos sem que isso tenha tido um efeito positivo na redução dos números de criminalidade.

Trata-se de uma modalidade de desqualificação pelos fatos, que não parece, contudo, convincente. Primeiro, porque a ideia de prevenção geral negativa não conduz, necessariamente, ao encarceramento em massa, à hipercriminalização de condutas, ou mesmo, ao aumento de penas. Isso é uma distorção comum que se faz da base teórica da teoria da dissuasão.

Dentro de seus pilares de certeza, severidade e celeridade, o segundo é o de menos importância, priorizando-se os outros dois e como eles são sopesados pelo pretense criminoso no momento da decisão de cometer o crime, ainda que de forma inconsciente mediante a internalização de valores resultantes da interação com a sociedade e o Estado. Mesmo Roxin, que não trabalha o tema sob a ótica pragmática americana, já afirmava que não é a agravamento das penas, como usualmente se exige ou se aplica, mas sim a intensificação da persecução penal a política potencialmente exitosa de prevenção geral¹⁹⁹.

Nesse contexto, ainda que haja cada vez mais tipificações e mesmo que os números de encarceramento atinjam patamares recordes, se isso se der de forma completamente irracional, seletiva e ineficiente, como de fato ocorre na realidade brasileira, não se pode afirmar que tais prisões possuam o efeito dissuasivo que as teorias utilitaristas apregoam.

Ademais, é extremamente controverso sustentar a ideia de que a prevenção geral não funciona em um país como o Brasil, em que a cifra oculta atinge níveis inimagináveis e os crimes que enfim são processados não resultam necessariamente numa aplicação de pena, justamente pelo entendimento processual que se pretende mitigar. Destacam Jardim e Amorim: “com esta legislação e com tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Brasil se

¹⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 91.

colocou, talvez, como o país com menos efetividade da sanção penal condenatória entre todos os países do mundo”²⁰⁰.

No relatório nacional de execução da Meta 2, da Estratégia Nacional de Segurança Pública, do Conselho Nacional do Ministério Público, consta que o nível de resolução de investigação de homicídios no Brasil varia entre 5% e 8%, não se falando sequer em condenação ou mesmo prisão, mas apenas em pretensa descoberta da autoria. Indica também que o percentual nos Estados Unidos é de 65%, no Reino Unido, de 90%, e na França, de 80%²⁰¹.

Nesse contexto, é inadequado invocar a realidade brasileira para afirmar a ineficácia dissuasiva da pena, já que, no Brasil, não existe certeza alguma da incidência da força pública. Em países como os Estados Unidos, em que o índice de resolução é de 65%, ocorreram apenas cinco homicídios por 100 mil habitantes no ano de 2015, conforme o relatório de estatísticas criminais do FBI²⁰², o que é significativamente inferior ao Brasil, em que o índice de resolução varia entre 5% e 8% e o número de homicídios registrados em 2014 foi de 29,1 para cada 100 mil habitantes²⁰³.

O Mapa da Violência, estudo estatístico lançado anualmente e organizado pelo sociólogo Júlio Jacobo Waiselfizz, da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), conclui de forma parecida ao analisar o constante aumento do número de homicídios no Brasil; afirma que “um segundo fator de peso são os elevados níveis de impunidade vigentes no país, que funcionam como estímulo para a resolução de conflitos via extermínio do próximo”²⁰⁴.

Pesquisas envolvendo homicídios são usualmente mais confiáveis, já que a cifra oculta desta modalidade de crime é menor; há um maior controle da quantidade de pessoas mortas em uma comunidade do que de pessoas roubadas ou estupradas. Outros estudos envolvendo

²⁰⁰ JARDIM, Afrânio da Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 394.

²⁰¹ ENASP – Estratégia Nacional de Segurança Pública. *Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 22. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf>. Acesso em 18.3.2017.

²⁰² Dados disponíveis no site <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2015/crime-in-the-u.s.-2015>

²⁰³ IPEA. *Nota Técnica nº 17. Atlas da Violência 2016*. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf>. Acesso em 10.5.2017.

²⁰⁴ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência 2014: homicídios e juventude no Brasil*. Brasília: CEBESLA/FLASCO, 2014, p. 22. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em 18.3.2017.

diferentes tipos de crime já foram feitos, mas deve-se sempre encará-los com ressalvas justamente pela imensa quantidade de crimes que nem sequer são reportados às autoridades.

Isaac Ehrlich, economista que fez um estudo analítico acerca das estatísticas criminais dos Estados Unidos entre os anos de 1940, 1950 e 1960, entre muitas outras e complexas conclusões, verificou que – depois de equilibrados alguns fatores relativos à idade, posição social e mesmo raça – quanto maior a probabilidade de aprisionamento nos crimes contra o patrimônio, menores as estatísticas de seu cometimento, conferindo a esta circunstância um peso muito maior do que àquele da quantidade efetiva de tempo preso²⁰⁵. Embora seja uma pesquisa antiga, apresenta uma conclusão coerente com os demais estudos realizados nos anos seguintes nas diversas áreas da política criminal.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA²⁰⁶ concluiu que, após a Lei Maria da Penha, houve uma diminuição significativa da taxa de homicídios praticados contra mulheres dentro de sua residência, o que é um dado bastante relevante, já que se trata de uma lei de grande visibilidade e que foi apresentada como um instrumento de revolução na forma como que o Estado protegeria as mulheres em situação de violência doméstica. Mesmo que ela não tenha trazido agravamentos substanciais de pena, ou ainda que as estruturas estatais não estejam efetivamente preparadas para lidar com a proteção das mulheres, o que se constata é o impacto de como a lei foi vendida para fins de interferência no imaginário coletivo.

O simbolismo no Direito Penal não é algo necessariamente negativo; o impacto que a lei e a decisão judicial possuem na ingerência de condutas humanas é considerável e deve ser abalizado no julgamento de uma determinada tese. Assim, quando se criticam as teorias da dissuasão sob o argumento de que haveria uma demonstração empírica de que o aumento de criminalização ou de punições não teria reduzido o número de crimes, o primeiro ponto que se deve considerar é se efetivamente esse aumento se deu de forma controlada e pensada, em termos de política criminal, especialmente se fora igualitária e se implicou uma maior eficiência dos mecanismos de controle e punição, e não simplesmente a constatação reducionista, e óbvia, de que mais prisões não geram menos crimes.

²⁰⁵ EHRLICH, Isaac. Participation in illegitimate activities: an economic analysis. In: BECKER, Gary Stanley; LANDES, William M. (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*. Columbia University Press: 1974, p. 68-134

²⁰⁶ IPEA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha – Texto para Discussão*. Op. cit.

Ademais, outros elementos podem ser invocados para buscar desqualificar a crítica da ineficiência da função preventiva geral da pena. A ideia da pena como dissuasão não basta para a contenção do crime se não houver um estímulo dos benefícios pelo não cometimento do crime, como aumento de oportunidades de emprego, diminuição das desigualdades sociais, políticas de trato com a juventude, além da proteção institucionalizada das vítimas para estímulos de denúncias.

Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim muito acertadamente concluem que o Direito Penal não é a solução para o fim da violência, apenas possível em outro modelo de sociedade onde não existam injustiças sociais²⁰⁷, mas que, mesmo diante desta constatação, a eficácia penal é imprescindível para a manutenção da ordem, para a confiança da população no sistema de justiça e para a proteção de bens jurídicos. Afirmam que, embora certas modalidades de criminosos dificilmente serão impactadas pelo cárcere, isso não pode obstar seu aprisionamento, já que o criminoso matador de aluguel, estuprador ou latrocidista “tem de ser detido, tem de parar de praticar tais crimes de forma reiterada. Enquanto estiver na prisão, muitas vidas deixarão de ser ceifadas”²⁰⁸.

Desse modo, se o criminoso souber que a vítima não irá denunciá-lo, por falta completa de confiança no sistema, ou mesmo que a pena seja razoavelmente certa, mas a opção do criminoso for potencialmente pior, por uma completa falta de perspectivas lícitas, e os riscos do cometimento do crime valerem a pena, o incremento da persecução penal não servirá ao seu fim dissuasivo. Tanto o é que James Q. Wilson assevera que “para medir os efeitos das sanções, primeiro devemos equilibrar os efeitos das variáveis socioeconômicas”²⁰⁹, alegação com a qual busca jogar um olhar crítico sobre todas as pesquisas empíricas que de uma forma ou de outra confirmam ou rejeitam sua teoria de dissuasão.

Por fim, não há como negar que o efeito dissuasivo não opera de forma uniforme em todos os pretensos criminosos. Mesmo Claus Roxin, que mais recentemente revitaliza a função preventiva ao propor uma ideia polifuncional, vê como indiscutível que só uma parte das pessoas tendentes ao crime o cometem mediante uma decisão conscientemente calculada, ou seja, que possam ser afetadas pela intimidação da pena²¹⁰.

²⁰⁷ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Op. cit.*, p. 575.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Wilson, James Q. *Op. cit.*, p. 113, tradução livre.

²¹⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 91.

Defende-se, contudo, que, mesmo inconscientemente, a internalização de valores resultantes da interação do indivíduo com a sociedade e o Estado contribui para a dissuasão da prática de crimes, mesmo daqueles aparentemente praticados em situação de emoção ou paixão. A execução antecipada das penas impostas pelo Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida, neste contexto, não assume um papel definitivo na resolução do problema, mas se apresenta como um passo importante, e constitucionalmente adequado, no caminho certo.

Da forma como o sistema se encontra estruturado, chegava-se a um patamar no qual, a despeito de apenas 5% a 8% dos homicídios serem solucionados, um número significativamente menor efetivamente cumpriria a sua pena, enquanto mais de 90% dos homicidas continuariam em liberdade, contribuindo para as estatísticas de homicídios que colocam o Brasil em proximidade com países em guerra.

Além dos casos de prescrição e absolvição, os que efetivamente chegassem a ser condenados teriam à sua disposição apelação, recurso especial, recurso extraordinário, intermináveis embargos de declaração, e, a depender do fundamento do primeiro recurso, admitir-se-ia, inclusive, a interposição de nova apelação e nova *via crucis* recursal, com repetição de todos os instrumentos insurgentes já interpostos em face da primeira sentença, o que tornaria o início do cumprimento da pena – para os que possuíssem recursos financeiros e paciência – uma decisão do próprio condenado; este poderia escolher resignar-se com seu destino e deixar de interpor outros embargos de declaração.

Estabelecer um marco temporal determinado, constitucionalmente adequado, desde que resguardadas as garantias materiais e processuais de tramitação da ação penal, é mais um instrumento de racionalização do sistema criminal que visa tornar o cumprimento da pena uma perspectiva mais certa e inadiável para o cidadão que cometer o crime, dissuadindo, assim, a parcela dos pretensos criminosos que tenham a incidência da força pública como desestímulo a seus ilícitos e restaurando a confiança da população vitimizada no sistema de justiça penal.

A execução antecipada da pena não é a salvação, tampouco a condenação eterna de nosso sistema penal. Não será somente por conta dela que se verá uma redução drástica e constante do número de atos criminosos, tampouco será ela a responsável por uma nova onda de encarceramento em massa.

Mostrando-se apenas um necessário e constitucional passo dado na direção correta, admitir a possibilidade hermenêutica de se fundamentar momentos distintos de início de cumprimento da pena é uma tese que visa melhor organizar o sistema penal e que, em termos

político-criminais, possui a potencialidade de agir no sentido de prevenir a criminalidade e reforçar a confiança da população no aparato estatal criminal.

Tal potencialidade não se desenvolverá plenamente se não houver conjugação com melhores políticas públicas de trato das classes marginalizadas, maior instrumentalização dos mecanismos de investigação, mas, principalmente, uma reformulação da forma como se faz o sistema de justiça penal no Brasil, com enfrentamento direto de alguns pontos colapsais que põem em questão a legitimidade de algumas de suas intervenções.

A despeito das prementes necessidades não contempladas por esta tese, o incremento da certeza e da celeridade da punição é efetivamente um instrumento de dissuasão coletiva, que pode agir para mitigar seus estímulos delituosos, dotando a decisão, assim, de uma funcionalidade que a legitima para além da razão de ser jurídica.

7. CONCLUSÃO

A operacionalização do controle penal nas sociedades periféricas sempre enfrentou severas críticas acadêmicas, em razão das já conhecidas discussões sobre seletividade, ampliação desmensurada dos espaços de risco, descontrole na opção de bens jurídicos tutelados, encarceramento em massa de condutas pouco lesivas, entre outras que demonstram uma clara tendência de utilização da lei penal como instrumento de gestão das classes marginalizadas.

Em face de tais críticas, há igualmente uma tendência de rejeição imediata de toda e qualquer proposta político-criminal que parta de uma perspectiva legitimamente do poder punitivo, mesmo que elas se fundamentem na necessidade de conferir uma maior racionalização ao sistema de modo a potencializar a eficácia do Direito Penal como instrumento de proteção dos bens jurídicos e conservação da ordem.

Neste contexto pretendeu inserir-se o presente trabalho, intencionando fomentar um debate acadêmico acerca da necessidade de se repensar o momento de cumprimento de pena para os criminosos que atentem dolosamente contra a vida como forma de racionalizar o sistema e torná-lo minimamente eficaz, especialmente num país em que este tipo de crime atinge estatísticas comparáveis a zonas de guerra.

Buscou-se demonstrar, desde seu primeiro capítulo, que o aspecto constitucional pétreo do Tribunal do Júri, responsável pelo julgamento destes crimes, não derivou essencialmente de uma conclusão do Constituinte acerca de sua fundamentalidade, mas de uma declaração política de resistência ao autoritarismo e de um vislumbre da necessidade de se reinstaurar a histórica tribuna para onde representantes da população são convocados a decidir o rumo de seus pares.

Independentemente das críticas que possa haver acerca do procedimento do júri e do processo de formação de seus convencimentos, é fato que a Constituição Federal soube reconhecer sua importância a ponto de lhe conferir o *status* de uma instituição soberana, e, portanto, com decisões insuscetíveis de reforma por qualquer instância do Poder Judiciário togado. Esta opção político-constitucional não pode ser subestimada ou reduzida ao patamar de letra morta, tendo este trabalho investigado as diversas maneiras em que ela é considerada na fixação de distintas regras procedimentais.

Dessa forma, viu-se que a soberania dos veredictos orientou a redefinição de todo o procedimento que se deve seguir para a aplicação da pena àquele que atenta dolosamente contra a vida, seja pela instituição de um sistema de controle prévio (fase preliminar de instrução probatória, controle jurisdicional da admissibilidade, duplo grau interlocutório com efeito suspensivo etc.), seja por controles supervenientes (possibilidade de recursos com cognição

limitada e submissão do réu a novo julgamento em caso de decisão desprovida completamente de fundamentos).

Aliando-se este procedimento próprio à verificação da sentença condenatória como um ato subjetivamente complexo formado pela conjugação de vontade de dois órgãos distintos, pode-se perceber a possibilidade de formação de uma coisa julgada parcial da culpa em face da ausência de recursos, ou de possibilidade de recursos, quanto à decisão dos jurados. Fixou-se, neste trabalho, a conclusão de que o recurso com fundamento exclusivo em dosimetria ou contra condenação proferida em julgamento refeito implica a possibilidade de início imediato do cumprimento da pena, desde a primeira instância, ante o trânsito em julgado da culpa.

Da mesma forma, em sendo as questões jurídicas atinentes à tipificação da conduta solucionadas na primeira fase do procedimento (submetidas, inclusive, a um duplo grau de jurisdição), e estando as Cortes Superiores destituídas da função constitucional de incursionar na conclusão fático-probatória da decisão soberana do júri para reavaliá-las, também se definiu haver a formação de uma coisa julgada da culpa na confirmação da condenação em segunda instância.

Para as demais situações não abarcadas pela situação anterior, deve haver uma possibilidade de início imediato do cumprimento de penas não transitadas em julgado, seja em primeira ou em segunda instância, a partir do sopesamento da soberania dos vereditos com a presunção de não culpabilidade, aliados à plena defesa, duplo grau de jurisdição, direito fundamental à segurança pública, à vida e à liberdade, duração razoável de processo, e tantos outros princípios constitucionais que, em colisão, devem ser compatibilizados de modo a manter o maior campo de eficácia possível sem o desfiguramento completo do outro.

Destaca-se que esta possibilidade surge quando o duplo grau de jurisdição ou a provocação das Cortes Superiores se dá a partir de fundamentação manifestamente protelatória e de má-fé processual, evitando-se que o abuso de um direito se sobreponha a uma garantia fundamental como a soberania dos vereditos.

Nesta ótica, reiterando propositadamente as conclusões obtidas no terceiro capítulo, foi necessário estabelecer condições de precedência como resultado do sopesamento de princípios realizado, ainda sob a perspectiva da lei de colisão construída pela teoria alexyana de Direitos Fundamentais. Restariam estas condições/premissas como suporte fático para a incidência das regras obtidas como normas de direito fundamental atribuídas, todas elas construídas argumentativamente no curso deste trabalho a partir de uma perspectiva de resgate constitucionalmente adequado da eficiência da persecução penal de crimes dolosos contra a vida, a saber:

Regra 1 (R1): A execução imediata de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), confirmada em segunda instância (P2), contra a qual não haja recurso especial ou extraordinário que discuta nulidade apta a anular o julgamento (P3), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 2 (R2): A execução imediata em primeira instância de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), contra a qual pese recurso de apelação com fundamento único em revisão de dosimetria (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 3 (R3): A execução imediata em primeira instância de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), em julgamento refeito contra o qual não caiba no recurso meritório (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Regra 4 (R4): A execução imediata de uma condenação soberana imposta pelo Tribunal do Júri (P1), em primeira ou segunda instância, em que a análise fundamentada das razões recursais demonstre uma ínfima expectativa de provimento e uma má-fé processual (P2), é permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Ao se chegar a esta conclusão, percebe-se haver uma necessidade de compatibilização dos artigos 283 e 597 do Código de Processo Penal em relação ao procedimento do júri. Deste modo, construiu-se a tese de que tais regras infraconstitucionais estão sujeitas à adequação por uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto, restringindo-se seu campo de validade e excluindo sua incidência nos procedimentos do Tribunal do Júri, ante a inconstitucionalidade de se submeter a execução da decisão do júri a uma ratificação das Cortes Superiores ou Supremas, quando a própria Constituição Federal lhes destituiu da função de modificar o julgado, conferindo-lhe soberania.

Não se podem rechaçar perspectivas político-criminais como a presente unicamente por ela reforçar os instrumentos coercitivos de um sistema penal contra o qual pesam tantas críticas. Modificações no sistema que, sendo constitucionalmente adequadas, visem incrementar a funcionalidade protetiva do Direito Penal como guardião de bens jurídicos, e preventiva da pena como inibidora de intenções delituosas, devem ser efetivamente tidas como relevantes e necessárias para o caminho de reformulação do sistema.

O Brasil há muito vem operacionalizando seu controle da criminalidade a partir de um sistema penal processualmente ineficiente, especialmente para as classes mais favorecidas, dificilmente atingidas pelo Direito Penal e que, quando o são, usufruem de um sistema recursal

idealmente infinito para postergar o cumprimento de sua pena, em prejuízo da segurança da sociedade e das vítimas.

Como igualmente debatido nos autos, não será esta execução antecipada isoladamente que revolucionará o controle de criminalidade a ponto de reduzir os alarmantes índices de homicídio mencionados, mesmo porque a certeza e a celeridade da pena apenas podem exercer seu papel dissuasivo quando equilibrados outros fatores relacionados à desigualdade social e à ineficiência de investigação, os quais estão longe do ideal em nossa realidade.

A busca pela fixação de marcos temporais claros e bem definidos para o início de cumprimento da pena, que, principalmente, não dependam da vontade do próprio criminoso ou de sua capacidade econômica para a contratação de uma defesa técnica muitas vezes imbuída de malicioso intento protelatório, e que sejam legal e constitucionalmente adequados, é imprescindível para o resgate de um mínimo de eficiência à persecução penal dos crimes dolosos contra a vida, restabelecendo e prestigiando a função do direito em proteger este bem jurídico e reforçando a confiança da sociedade no funcionamento das instituições.

REFERÊNCIAS

LIVROS E CAPÍTULOS DE LIVROS

ABRAMSON, Jeffrey. *We, the jury: the jury system and the ideal of democracy*. New York: Harvard University Press, 2000.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANSANELLI JR., ÂNGELO. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no Processo Penal Brasileiro. *Waiver of jury trial in Brazilian Criminal Procedure*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo Penal Integral*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 596-608.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: TONRY, Michael (org.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 51-70.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. São Paulo: Pillares, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

CUSSON, Maurice. *Criminologia*. Trad.: Josefina Castro. 3ª Ed. Alfragide: Casa das Letras, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

FREITAS, Vladimir Passo de; MORAIS, Ivy Sabina Ribeiro de; AMARAL, Thanmara Espínola. *O Poder Judiciário no Regime Militar (1964-1985)*. E-book. Simplíssimo Livros, 2012. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=3naHuakd1IcC&rdid=book-3naHuakd1IcC&rdot=1&source=gbs_vpt_read&pcampaignid=books_booksearch_viewport>. Acesso em 30.06.2017.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 14ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – absolvição fundada em quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal. Estudos e pareceres*. 14ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad.: Antônio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no Processo Penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROBERT, Philippe. *Sociologia do Crime*. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General. Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Jésus-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TASSE, Adel El. *Tribunal do Júri*. Curitiba: Juruá, 2006.

TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WILSON, James Q.. *Thinking about crime*. Nova York: Basic Books, 2013.

ARTIGOS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Nº. 17 (2009).

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação constitucional do STF no HC 126.292. In: *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 4. 2016, p. 7

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. In: *Revista Consultor Jurídico*, 23 de fevereiro de 2016, 08h10. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>. Acesso em 31.05.2016.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. In: *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: BOGDANY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHRISTOPOLOUS, Basile Georges Campos. Argumento Consequencialista no Direito. In: *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6. N. 3 (2015). Constitucionalização dos Direitos no Brasil. PP. 4-27.

EDNEY, Richard. Bail pending appeal in serious criminal cases: the new Victorian law. In: *Orig Law Review*. Vol. 3, n. 3, 2007, p. 99-106.

EHRlich, Isaac. Participation in illegitimate activities: an economic analysis. In: BECKER, Gary Stanley; LANDES, William M. (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*. Columbia University Press: 1974, p. 68-134.

HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de Emergência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 17 de fevereiro de 2016, 21h31. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>. Acesso em 31.05.2016.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: *Harvard Law Review*. Vol. 10, nº. 08, 1897.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: A presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*. N. 281. Abril/2016.

KRELL, Andreas J.. Entre o desdém teórico e a aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: *Revista Direito GV*, São Paulo. 10 (1), Jan.-Jun./2014.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Júri: da pronúncia aos quesitos – a necessidade de clareza e lógica na nossa sistemática. In: *Revista ESMAL*. Nº. 06 (2017), p. 11-23.

MACIEL, Edgar. 33 mulheres foram presas por aborto em 2014. In: *Revista Exame*. 22.12.2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>>. Acesso em 06.03.2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n°. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. In: *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez/2012.

OLIVEIRA, Marlus H. Arns; MICHELOTTO, Mariana N. Presunção de Inocência – Avanço ou Retrocesso. *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 04. 2016. pp. 11-12.

QUINTARD-MORÉNAS, François. The presumption of innocence in the French and Anglo-American legal traditions. In: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 58, 2010, p. 107-150.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. Os reflexos do julgamento do habeas corpus n. 126.292/SP nas condenações impostas pelo tribunal do júri. In: *I Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ENPEJUD: anais*. Alberto Jorge de Barros Lima et. al. (Coords.). Maceió, AL: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, FUNDESMAL, 2016.

_____. O ônus argumentativo da ruptura com o precedente: Uma análise da argumentação utilizada pelo STF no HC 126.292/SP. In: KRELL, Andreas; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *A interpretação/aplicação do Direito no Brasil: em Busca de um Padrão Hermenêutico para a Constituição de 1988*. 1ed. Recife: APPODI, 2016, v. 1, p. 164-181.

_____; KRELL, Andreas J. Uma análise crítica da argumentação constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Ano 15, Vol. 22. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza Aina (org.). *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na Intepretação Constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. P. 363-380.

_____. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*. N. 798 (2002). P. 23-50.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “Um Réquiem para a Presunção de Inocência”. In: *Boletim IBDPE*. Edição Especial. Ano 04. 2016. pp. 08-10.

THAMAN, Stephen C. Spain returns to Trial by Jury. In: *Hastings International & Comparative Law Review*. Vol. 21, n. 241, 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2571420>>. Acesso em 12.02.2018.

DOCUMENTOS, LEGISLAÇÕES E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04.11.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n. 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.02.2016. DJe-100. Divulgado em 16.05.2016. Publicado em 17.05.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no EREsp 1619087/SC*. Terceira Seção. Relatoria para o Acórdão Ministro Jorge Mussi. Julgado em 14/06/2017. Publicado em 24/08/2017.

ENASP – Estratégia Nacional de Segurança Pública. *Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em 18.03.2017.

FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. *Relatório ICJ Brasil. 1º Semestre/2016*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. Acesso em 26.06.2017.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 12.11.2017.

HARTMANN, Ivar Alberto *et al.* *Impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP: um estudo empírico quantitativo*. 29.08.2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802. Acesso em 15.02.2017.

IPEA. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha – Texto para Discussão*. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em 10.5.2017.

_____. *Nota Técnica nº 17. Atlas da Violência 2016*. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf>. Acesso em 10.5.2017

SADEK, Maria Tereza Aina; STEMLER, Igor T. S. V.; SOARES, Gabriela M. de A. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. In: *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, 2017, p. 2-11.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência 2014: homicídios e juventude no Brasil*. Brasília: CEBESLA/FLASCO, 2014. Disponível em:

<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>.
Acesso em 18.03.2017.