



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI À
LUZ DA TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Isabella Dias Ferreira

Rio de Janeiro
2024

ISABELLA DIAS FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI À
LUZ DA TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Fernando de Castro Fontainha

Coorientadora:

Prof.^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro

2024

ISABELLA DIAS FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI À
LUZ DA TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2024. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Alan Paulo Maurano Savedra – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Fernando de Castro Fontainha – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha melhor amiga, quem,
lamentavelmente, nunca terá a chance de ler
esta dedicatória.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um esforço coletivo que muito me honra.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Fernando de Castro Fontainha, o olhar sensível e sincero, e à minha coorientadora, Mônica Cavalieri Fetzner Areal, todo o conhecimento, cuidado e incentivo.

À minha família, agradeço profundamente o amor e companheirismo de sempre.

Aos meus amigos e a todos que, de alguma forma, fizeram parte desta jornada, agradeço o apoio incondicional.

Às que vieram antes de mim, abrindo caminhos, agradeço a incansável coragem.

Consagrar tudo um cemitério é tudo o que se
pode.
(João Cabral de Melo Neto)

SÍNTESE

A presente monografia é o resultado de um estudo empírico qualitativo sobre uma relevante novidade normativa introduzida à dinâmica processual penal pelo Pacote Anticrime: a possibilidade de execução imediata da pena em caso de condenação, no Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. A nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal positivou uma prática que, embora já chancelada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desencadeia polêmicos debates jurídicos. Sob a lente da Teoria da Racionalidade Penal Moderna, elaborada por Álvaro Pires, e via análise bibliográfica e documental, a pesquisa explora os principais argumentos que subjazem a referida inovação e busca compreender em que medida eles reativam as premissas do quadro teórico. Sua contribuição acadêmica encontra-se na reflexão, ora proposta, acerca de categorias e representações que envolvem o Direito Penal e Processual Penal, a fim de melhor compreender seus reais fundamentos e funções.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; Tribunal do Júri; Execução Penal; Racionalidade Penal Moderna.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A CONSTRUÇÃO DA PROBLEMÁTICA.....	12
1.1. O TRIBUNAL DO JÚRI E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME.....	12
1.2. A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	22
2. A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA.....	28
2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	28
2.2. OS ELEMENTOS DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA.....	28
2.3. OS ARGUMENTOS DA TEORIA DA RPM.....	39
2.4. A RACIONALIDADE PENAL MODERNA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	41
3. A ARENA DE ARGUMENTOS.....	43
3.1. OS ARGUMENTOS POR TRÁS DA INOVAÇÃO NORMATIVA.....	43
3.2. OS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS NO BOJO DO RE N. 1.235.340/SC.....	47
4. UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA TEORIA DA RPM.....	60
4.1. ARGUMENTOS EM FOCO: UM OLHAR SOBRE AS RETÓRICAS POR TRÁS DA INOVAÇÃO NORMATIVA.....	60
4.2. ARGUMENTOS EM FOCO: UM OLHAR SOBRE AS RETÓRICAS PRESENTES NO RE N. 1.235.340/SC.....	66
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	76

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNPJ – Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
GNCCRIM – Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal
HC – Habeas Corpus
MI – Mandado de Injunção
MPSC – Ministério Público de Santa Catarina
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Extraordinário
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RPM – Racionalidade Penal Moderna
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro sofreu uma série de recentes alterações em razão da aprovação da Lei n. 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime. Dentre tais alterações, há a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, que, em síntese, introduz no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de execução imediata da pena em caso de condenação, no Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Tal novidade normativa, por envolver a sanção prisional e uma série de garantias constitucionais (como o princípio da presunção de inocência e o princípio da soberania dos veredictos), tem suscitado intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. Assim, há muito a ser explorado no que tange aos conflitos, aparentes e reais, invocados e/ou refutados pelos defensores e pelos críticos do dispositivo.

A presente monografia explora, de forma qualitativa, essa possibilidade de execução imediata da pena no Tribunal do Júri à luz da Teoria da Racionalidade Penal Moderna, elaborada por Álvaro Pires, professor da Universidade de Ottawa.

O objetivo geral do estudo é analisar os limites e as potências da Teoria da Racionalidade Penal Moderna diante dos argumentos que envolvem a mencionada introdução normativa. Quanto aos objetivos específicos, são eles: a) identificar e examinar os principais fundamentos que embasam o referido dispositivo; b) identificar e examinar os principais fundamentos que compõem as teses jurídicas contrárias a esta nova previsão processual penal; c) investigar os pressupostos da Teoria da Racionalidade Penal Moderna, de modo a verificar a extensão de sua reprodução nos debates sobre a possibilidade de execução imediata da pena no Tribunal do Júri.

Os capítulos seguintes se organizam de forma a esquadrihar as questões norteadoras da pesquisa.

O primeiro capítulo é dedicado à construção da problemática. Ele apresenta o contexto sociojurídico no qual o problema de pesquisa está inserido e, também, delimita os contornos da análise.

Já o segundo capítulo se volta à Teoria da Racionalidade Penal Moderna: traça a formação da racionalidade do Ocidente moderno em matéria penal, seus elementos e fundamentos, bem como descreve as premissas da teoria e a forma como ela é operacionalizada no presente estudo.

O terceiro capítulo, por sua vez, estrutura a arena de argumentos que envolve a supramencionada inovação normativa, identificando seus principais autores e explorando em que medida cada raciocínio é favorável ou contrário à sua introdução no Código de Processo Penal.

Por fim, o quarto capítulo reproduz a análise do objeto de pesquisa sob a lente do quadro teórico. Expõe os passos do processo crítico do estudo, desenvolve os detalhes da observação e explica seus resultados.

Trata-se de pesquisa de caráter empírico qualitativo, realizada por meio de técnicas de análise bibliográfica e análise documental, que se justifica na necessidade de se refletir acerca de categorias e representações que envolvem o Direito Penal, a fim de melhor compreender seus reais fundamentos e funções.

1. A CONSTRUÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Este primeiro capítulo apresenta o contexto sociojurídico que envolve o problema de pesquisa, de forma a evidenciar os limites de sua contribuição. O primeiro subcapítulo explica o conceito e alguns aspectos relevantes do Tribunal do Júri e identifica as principais mudanças que o Pacote Anticrime trouxe à sua dinâmica, enquanto o segundo explora mais especificamente a ampliação concernente à execução imediata da pena.

1.1. O TRIBUNAL DO JÚRI E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME

O Tribunal do Júri tende a ocupar um lugar especial no imaginário social. Seja por força de filmes e séries de televisão que o têm como cenário, seja em razão de casos emblemáticos que ganharam os holofotes da mídia, o Tribunal do Júri desperta um interesse – ou ao menos uma curiosidade – um tanto atípico nas sociedades que contam com a sua estrutura.

No Brasil não é diferente. E, muito embora leigos em Direito desconheçam suas peculiaridades técnico-jurídicas, as representações dramáticas do júri que povoam o ideário social brasileiro convergem na seguinte cena: um delito grave, um réu, um juiz que controla o procedimento e, por fim, pessoas “comuns” encarregadas de decidir se estão diante de um inocente ou de um culpado.

Apesar do drama por vezes exacerbado e sensacionalista, a cena descrita não se distancia integralmente da realidade de um julgamento popular. Com origem na Grécia Antiga, o sistema de julgamento do júri inicialmente estabelecia que os cidadãos atenienses, sorteados para compor o Areópago, eram responsáveis por decidir acerca dos chamados crimes de sangue¹— considerados então os socialmente mais graves.

Seguindo uma dinâmica idealmente similar, tal sistema foi oficialmente adotado no Brasil apenas em 1822, quando o príncipe regente Dom Pedro de Alcântara o instituiu por decreto imperial². A princípio, todavia, a competência do Tribunal do Júri brasileiro era limitada aos delitos de imprensa e os jurados eram eleitos – aspectos estruturais que, ao longo do tempo, foram sendo alterados.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Caminhos do júri: como o STJ interpreta o processo de julgamento popular no Brasil*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Caminhos-do-juri-como-o-STJ-interpreta-o-processo-de-julgamento-popular-no-Brasil.aspx>>. Acesso em: 02 mar. 2023.

² *Ibidem*.

Atualmente, no Brasil, o Tribunal do Júri é um órgão do Poder Judiciário com competência e procedimento especial, que possui previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;³.

Trata-se de um tribunal especial voltado ao processo e julgamento dos chamados crimes dolosos contra a vida – que são os tipos penais presentes nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal⁴ (CP), consumados ou tentados – na forma disposta nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal⁵ (CPP).

Basicamente, o Tribunal do Júri possui competência para apreciar e julgar os seguintes delitos em espécie: homicídios dolosos; induzimentos, instigações ou auxílios ao suicídio ou à automutilação; infanticídios; e as diferentes formas de aborto ilegal. O rol de crimes dolosos contra a vida é um rol taxativo, em razão de menção expressa na Constituição e do princípio da reserva legal, que permeia todo o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Não se admite, portanto, interpretação extensiva desse rol – embora possa ocorrer de alguns outros tipos penais serem atraídos à competência do júri em razão de conexão processual.

Seu rito processual se divide em fase de instrução preliminar, que vai da decisão de recebimento da denúncia à decisão de pronúncia/impronúncia/desclassificação/absolvição sumária, proferida pelo juiz presidente do júri, e fase de julgamento em plenário, que só se inicia mediante decisão de pronúncia e que vai de sua confirmação até o julgamento realizado pelo júri.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 nov. 2022.

⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 1940. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 15 nov. 2022.

Em síntese, a fase de instrução preliminar (também conhecida como fase do sumário de culpa), nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal⁶, volta-se à análise da presença ou ausência de materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou participação do acusado no delito que lhe foi imputado. Presentes tais elementos, com base em instrução construída sob o crivo do contraditório, o juiz presidente proferirá decisão de pronúncia – a única apta a encaminhar o processo à fase de julgamento em plenário. Essa primeira fase funciona, portanto, como uma espécie de juízo de admissibilidade da acusação.

No que tange ao julgamento em plenário, a legislação processual penal norteia todo o procedimento de composição do júri e determina que, dentre os 25 jurados sorteados de um alistamento anual, apenas sete irão compor o chamado Conselho de Sentença, o qual irá efetivamente julgar o caso concreto por meio de seu veredicto.

Após os debates materiais e jurídicos, finalizada toda a instrução, os jurados do Conselho de Sentença responderão aos quesitos previstos no artigo 483 do Código de Processo Penal⁷ com relação a cada acusado e a cada fato imputado, formando assim o veredicto final do caso.

Os quesitos são simplificados, limitados a respostas de sim e não, e respondidos necessariamente na ordem prevista no artigo:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do

⁶ *Ibidem*.

⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.⁸

Os jurados respondem aos quesitos com base no princípio da íntima convicção, o que significa dizer que eles não possuem o ônus de fundamentar seus votos e, portanto, podem votar conforme sua convicção pessoal acerca do caso – de modo que nada obsta uma absolvição por clemência, por exemplo.

Essa norma advém do fato de que os jurados, em regra, não têm conhecimento técnico suficiente para fundamentar suas decisões em plenário. Tal argumento, todavia, não afasta as inúmeras críticas que podem ser feitas a este princípio – as quais, por mais relevantes que sejam, em razão do escopo limitado do presente estudo, não serão aqui exploradas.

Não obstante o já exposto, como transcrito logo acima, a Constituição estabelece no âmbito do Tribunal do Júri, para além da questão da competência especial, três garantias primordiais a serem respeitadas: a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

A plenitude de defesa consiste em um aprofundamento do direito à ampla defesa, uma vez que confere ao acusado a possibilidade de recorrer a quaisquer instrumentos retóricos e argumentativos, nos limites da lei, para construir as suas teses defensivas. Segundo o professor Guilherme Nucci:

A expressão 'amplo' indica algo vasto, extenso, enquanto a expressão 'pleno' significa algo completo, perfeito. A ampla defesa reclama uma abundante atuação do defensor, ainda que não seja completa e perfeita. Contudo, a plenitude de defesa exige uma integral atuação defensiva, valendo-se o defensor de todos os instrumentos previstos em lei, evitando-se qualquer forma de cerceamento⁹.

Trata-se, portanto, de uma garantia à defesa em seu sentido mais completo e integral, tanto na fase plenária como na fase pré-penária, dada a especialidade que envolve o contexto do júri¹⁰.

⁸ *Ibidem*.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

¹⁰ Vale pontuar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADPF 779, decidiu que a tese argumentativa de legítima defesa da honra é inconstitucional por afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero, e, portanto, não pode ser suscitada por nenhum dos atores jurídicos em nenhuma fase do processo penal, sob pena de nulidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 - Processo n. 0112261-18.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

Também o sigilo das votações se fundamenta na especialidade do órgão e se relaciona diretamente à garantia anterior. O ato de votar, no âmbito do júri, é resguardado pela garantia do sigilo, na forma prevista nos artigos 485 e 487 do Código de Processo Penal:

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

[...]

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas¹¹.

Assim, a votação, por ser sigilosa, ocorre na ausência de público externo e implica na impossibilidade de conhecimento do voto de cada jurado, inclusive por aqueles que, na forma da lei, permanecem durante a votação dos quesitos. A finalidade primordial do sigilo é assegurar aos jurados, e conseqüentemente ao acusado, uma votação livre de pressões e influências externas – também o princípio de incomunicabilidade dos jurados decorre da necessidade de se garantir uma atuação independente.

Tal sigilo não abrange, todavia, o resultado da votação, o qual se alcançará logo pela maioria, constará na ata de sessão e será posteriormente lido pelo juiz presidente junto à dosimetria da pena.

A soberania dos veredictos, por sua vez, reflete a pretensão do Poder Constituinte Originário de conferir poder jurisdicional ao povo no âmbito desse órgão especial. Significa dizer que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença em sessão plenária não pode ser materialmente modificada pelo juiz presidente, tampouco por colegiado de magistrados em eventual sede recursal¹².

Cabe pontuar que este último princípio é, entre os três, o que mais importa ao presente objeto de pesquisa – uma vez que é suscitado como o fundamento mestre da inovação normativa ora estudada – e, por isso, seus meandros e nuances são melhor explorados no Capítulo 3.

De modo geral, a ideia elementar da existência do júri é a de que os crimes dolosos contra a vida, por serem considerados os mais prejudiciais ao convívio social (já que afrontam um dos bens jurídicos mais relevantes da Constituição – a vida), exigem a participação ativa da sociedade civil em seu deslinde.

Segundo Renato Brasileiro, o Tribunal do Júri expressa o esforço democrático da Constituição:

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹² Importa notar, todavia, que a decisão é passível de anulação, caso reste demonstrado ser ela contrária ao conjunto probatório dos autos.

Não se pode perder de vista o cunho democrático inerente ao Júri, que funciona como importante instrumento de participação direta do povo na administração da Justiça. Afinal, se o cidadão participa do Poder Legislativo e do Poder Executivo, escolhendo seus representantes, a Constituição também haveria de assegurar mecanismo de participação popular junto ao Poder Judiciário¹³.

Antonio Melchior¹⁴ pondera, todavia, que essa participação da sociedade ocorre por intermédio do Estado, e não em contraposição a ele. Ele sustenta que, por integrar os aparelhos oficiais do braço punitivo estatal, a instituição reflete apenas uma substituição parcial da atividade judicante, o que não a exime de expressar o caráter penal persecutório do Estado:

A genealogia da instituição do júri, em suma, reflete a luta de forças sociais contra o monopólio absoluto do Estado nas atividades judicantes, uma resistência operada em favor das liberdades fundamentais do indivíduo e não para dar conta do desejo da população em participar do espetáculo punitivo oficial¹⁵.

O autor¹⁶ defende, assim, uma leitura constitucional da normativa referente ao júri, levando em consideração o sentido político-democrático que envolve toda a seara de garantias presente na legislação processual penal, com especial atenção àquelas voltadas ao acusado – a quem o Estado persegue penalmente, ainda que, eventualmente, por intermédio dos jurados e de seus veredictos.

E, apesar da visão dominante em torno do anseio democrático na composição dos jurados, parte da doutrina critica a existência desse órgão especial, por uma série de competentes razões. O professor Aury Lopes Junior, por exemplo, refuta o próprio eixo fundante da instituição. Ele inicia sua crítica logo na dinâmica de seleção dos jurados:

Aqui começa a ruir a tese de “instituição democrática”, na medida em que – como regra – os jurados acabam por representar segmentos bem definidos da sociedade, como servidores públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, enfim, aqueles cuja ocupação (ou ausência de) lhes permite perder um dia inteiro (ou mais) em um julgamento¹⁷.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2020, p. 1441.

¹⁴ MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 1059-1078, mai./ago. 2020.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1068.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1286.

Não obstante, Aury¹⁸ tece várias críticas à dinâmica procedimental e probatória do júri, ao desconhecimento dos jurados no que tange às garantias do devido processo legal, e também à norma do livre convencimento imotivado (princípio da íntima convicção). Segundo esta última regra, conforme já exposto, os jurados respondem aos quesitos sem fundamentar suas respectivas escolhas, podendo se basear tão somente em suas próprias convicções.

E, embora o professor¹⁹ defenda a extinção do órgão, ele reconhece que, por se tratar de cláusula pétrea, no contexto da Constituição de 1988, é cabível apenas uma reformulação da sua estrutura, de modo a atualizar sua legitimidade e necessidade no Estado Democrático de Direito.

Assim, razoável reconhecer que o Tribunal do Júri se sustenta em valores caros ao Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, encontra dilemas práticos sérios, capazes de questionar a sua própria razão de ser.

Isto posto, importa esclarecer que o Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019²⁰) promoveu, a partir de sua vigência em 23 de janeiro de 2020, algumas mudanças importantes na dinâmica do Tribunal do Júri.

Em verdade, a Lei n. 13.964/2019 alterou significativamente a legislação penal como um todo, reestruturando vários eixos do Código Penal e do Código de Processo Penal, de forma a introduzir uma nova realidade legislativa em matéria criminal no Brasil. Tais mudanças causaram alvoroço na jurisprudência²¹, criando diferentes grupos hermenêuticos, dos defensores mais ferrenhos aos críticos mais ferrenhos.

No que toca ao Tribunal do Júri, duas foram as alterações mais sensíveis: a introdução da figura do juiz de garantias e a nova possibilidade de execução imediata da pena.

A figura do juiz das garantias restou prevista para os ritos processuais penais de forma geral – não só para o procedimento do júri – entre os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal²².

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Pacote Anticrime. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm >. Acesso em: 01 mar. 2023.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pacote Anticrime: a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei*. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

Em síntese, o juiz das garantias é uma nova função atribuída a um magistrado – diverso daquele que julgará o caso – durante a fase investigativa do processo penal: ele deve realizar o controle de legalidade da fase pré-processual e assegurar o cumprimento dos direitos e garantias do acusado.

Sua criação teve influência direta do Direito Comparado²³ e encontra respaldo na própria matriz acusatória atualmente adotada pelo Direito Processual Penal brasileiro – conforme previsto no artigo 3º-A do Código de Processo Penal²⁴. Seu fundamento precípua jaz na necessidade de se assegurar a imparcialidade do julgador final, uma vez que um juiz com poderes investigatórios tende a pré-conceber, de uma maneira ou de outra, o desfecho do caso e decidir de acordo com essa pré-concepção.

Segundo Aury Lopes Jr.:

Ele se posta como juiz, inerte, que atua mediante invocação (observância do *ne procedat iudex ex officio* que funda a estrutura acusatória e cria as condições de possibilidade de ter um juiz imparcial) permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição (como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões cautelares, medidas assecuratórias, etc.) e como guardião da legalidade e dos direitos e garantias do imputado. Portanto, atua como juiz e não como instrutor-inquisidor²⁵.

E mais, com a sua inserção no processo penal, o CPP agora prevê que os elementos presentes na investigação preliminar não farão parte do processo, salvo os exames de corpo de delito e as provas que forem produzidas antecipadamente por força de incidente probatório. A ideia é que o julgador final – juiz da instrução e julgamento – não seja sequer “contaminado” pelos elementos que não foram colhidos sob o crivo de um robusto contraditório²⁶.

²³ MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal. *ConJur*, 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniao-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

²⁵ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 188.

²⁶ *Ibidem*.

Embora muito celebrado por penalistas progressistas no Brasil (como Rubens Casara²⁷, Tainá Ferreira²⁸, Luiz Flávio Gomes²⁹, entre outros³⁰⁻³¹), a figura do juiz das garantias teve sua eficácia suspensa por decisão liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.298³², 6.299³³, 6.300³⁴ e 6.305³⁵, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Essa mesma decisão acabou por cassar uma decisão anterior, proferida pelo Ministro Dias Toffoli na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298³⁶, que cautelarmente estabeleceu a não aplicação das normas relativas ao juiz das garantias nos processos de competência do Tribunal do Júri. O argumento central dessa decisão, no que toca à instituição do júri, é o de que, por se tratar de órgão cuja decisão emana de um Conselho de Sentença formado por jurados, não há falar em necessidade de se introduzir um outro juiz, além do que preside a instrução, para garantir a imparcialidade.

Parte da doutrina, todavia, rechaça esse posicionamento adotado pelo STF. De acordo com Aury Lopes Jr.:

É um equívoco pensar que não haveria prejuízo para a garantia da imparcialidade porque são os jurados – e não o juiz – quem decide. Errado. Inicialmente o juiz togado profere diversas decisões da maior importância que exigem a imparcialidade, inexistente quando ele está contaminado por ter atuado no inquérito policial. Isso

²⁷ CASARA, Rubens R. R. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.); GORGULHO, Alessandra Villaça et al. *O novo Processo Penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-176.

²⁸ FERREIRA, Tainá Ferreira e. Quem tem medo do juiz das garantias? Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 334, p. 24-27, set. 2020.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.); POSTIGO, Leonel González (org.); FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius et al. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017. p. 311-326.

³¹ PRADO, Geraldo. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: MALAN, Diogo (coord.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 112-147.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298 - Processo n. 0035984-92.2019.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.299 - Processo n. 0035998-76.2019.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.300 - Processo n. 0084817-10.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.305 - Processo n. 0085360-13.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 28.

passa por medidas cautelares que podem ser tomadas no curso do processo, mas também pelas relevantíssimas decisões de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação que é chamado a tomar. Aqui, nesta fase, a falta de imparcialidade, pela contaminação, cobra um preço que não pode ser desconsiderado. Ademais, não se pode esquecer de que no plenário do júri, não só o juiz preside o ato (e sua postura imparcial é fundamental), como também é chamado a decidir em caso de desclassificação. Portanto, se os jurados em plenário desclassificarem para crime culposo – por exemplo – quem irá proferir sentença será o juiz presidente, o mesmo que atuou desde o inquérito e que está contaminado. Portanto, todos os argumentos que justificam a existência do juiz das garantias seguem presentes no rito do júri³⁷.

No mesmo sentido, Daniel Diamantaras de Figueiredo³⁸ argumenta que, embora o Conselho de Sentença não fundamente seus votos, os jurados são usualmente influenciados por elementos informativos colhidos na investigação, já que é comum que o representante do Ministério Público leia tais elementos durante a instrução.

Apesar das críticas, em 24 de agosto de 2023, a Ministra Rosa Weber, ao proclamar o resultado do julgamento das mencionadas ADIns³⁹, traçou o entendimento firmado pela Corte quanto ao alcance das normas relativas ao juiz das garantias, de modo que foi afastada a sua aplicação aos processos de competência originária do STF e do STJ, aos processos de competência do Tribunal do Júri, aos casos de violência doméstica e familiar e às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Assim, conforme entendimento mais recente do STF, as normas referentes à figura do juiz das garantias não se aplicam aos casos de competência do Tribunal do Júri. A ver como a questão se desenrolará no futuro.

Além do juiz das garantias, no âmbito da instituição do júri, sobreveio também a nova possibilidade de execução imediata da pena, introduzida pelo Pacote Anticrime no artigo 492 do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

[...]

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão

³⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 219-220.

³⁸ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. Pacote “anticrime”: a exclusão dos autos do inquérito e o tribunal do júri. *ConJur*, 24 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/tribuna-defensoria-exclusao-autos-inquerito-tribunal-juri> >. Acesso em: 28 fev. 2023.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, notas 32, 33, 34 e 35.

substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia⁴⁰.

Para além da hipótese de prisão preventiva, que já era prevista tanto para os delitos de competência comum como para os delitos de competência do júri, a Lei n. 13.964/2019⁴¹ introduziu a execução imediata da pena em caso de condenação, no Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão. A mesma lei inseriu também, conforme transcrito, as hipóteses em que o juiz pode deixar de proceder a essa prisão imediata, em primeira instância.

Sobre essa inovação normativa, é preciso tecer algumas considerações específicas, as quais são objeto do próximo subcapítulo.

1.2. A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O Código de Processo Penal agora prevê uma nova possibilidade de execução imediata da pena no Tribunal do Júri, nos termos do dispositivo acima transcrito (artigo 492, inciso I, alínea “e”, parte final, do CPP). Com o advento da Lei n. 13.964/2019⁴², para além da hipótese de prisão preventiva e os seus requisitos cautelares próprios, em caso de condenação do réu a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, o juiz presidente do Tribunal do Júri determinará sua execução provisória, mediante mandado de prisão.

A princípio, no texto originário do Projeto de Lei (PL), formulado pelo Poder Executivo, não havia a limitação da execução provisória aos casos de condenação a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, mas sim uma previsão geral de exequibilidade imediata da sentença condenatória proferida pelo Conselho de Sentença. No entanto, tal limite foi inserido durante os debates no Congresso Nacional.

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

⁴² *Ibidem*.

A inovação normativa também prevê que esta execução provisória não impede o conhecimento de eventuais recursos que vierem a ser impostos, os quais, como regra, não terão efeito suspensivo. Estabelece, ainda, que, em casos excepcionais, o juiz presidente pode deixar de autorizar tal execução provisória da pena, desde que haja alguma questão substancial cuja resolução no tribunal – em segunda instância – possa levar à revisão da condenação.

Não obstante, também excepcionalmente, o tribunal – em segunda instância – pode conferir efeito suspensivo a eventual recurso em face da decisão de execução provisória, desde que verifique que o recurso não tem propósito protelatório e que levanta questão substancial capaz de resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a quinze anos de reclusão (trata-se de requisitos cumulativos, nos termos da legislação processual).

Por fim, a nova redação do artigo prevê que o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso pode ser protocolado de forma incidental na apelação ou por meio de petição dirigida ao relator do tribunal que o julgará.

Significa dizer que, a partir da vigência do Pacote Anticrime, via de regra, no Tribunal do Júri, se o acusado for condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a quinze anos de reclusão, logo em primeira instância ele será recolhido à prisão (independentemente do trânsito em julgado da sentença de condenação ou da presença de requisitos cautelares – prisão automática *ex lege*).

Os fundamentos que embasam a introdução dessa norma são devidamente identificados no subcapítulo 3.1 do presente estudo, mas já cabe pontuar que o eixo argumentativo principal gira em torno do princípio da soberania dos veredictos.

Em síntese, a retórica consiste no seguinte raciocínio: já que, por força da soberania dos veredictos, a condenação estabelecida pelo Conselho de Sentença não poderá ser materialmente modificada (salvo se anulada a votação – hipótese em que será instaurado outro Conselho de Sentença), não há razão para aguardar o trânsito em julgado da condenação para recolher o réu à prisão.

Ocorre que, de acordo com parte da doutrina e da jurisprudência, esse raciocínio argumentativo conflita com a interpretação literal do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;⁴³

Não há como negar que a Constituição, em sua literalidade, é clara e objetiva no que tange à presunção de inocência e à exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para fins de execução da pena e dos seus demais efeitos conseqüenciais.

Nada obstante, a atual redação do *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal, também introduzida pelo Pacote Anticrime, reproduz tal exegese: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”⁴⁴.

Apesar da clareza de ambos os dispositivos, a extensão da aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência foi – e ainda é – objeto de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Após algumas idas e vindas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43⁴⁵, 44⁴⁶ e 54⁴⁷ fixou entendimento no sentido de reforçar a literalidade do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, reconhecendo a constitucionalidade da então redação do artigo 283 do CPP e, conseqüentemente, proibindo a execução da prisão após decisão condenatória em segunda instância – execução antecipada da pena –, já que ainda passível de recurso.

Em razão disso, muitas foram as críticas⁴⁸⁻⁴⁹ suscitadas frente à nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, parte final, do CPP, o que faz com que a presente pesquisa desague no

⁴³ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

⁴⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 - Processo n. 4000886-80.2016.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 44 - Processo n. 4000918-85.2016.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 54 - Processo n. 0069352-29.2018.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁴⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS CRIMINALISTAS. *Advogados criminalistas defendem a inconstitucionalidade de execução imediata de condenação imposta pelo Tribunal do Júri, que está sendo julgada no Plenário Virtual do STF*. Disponível em: < <https://web.abracrim.adv.br/advogados-criminalistas-defendem-a-inconstitucionalidade-de-execucao-imediata-de-condenacao-imposta-pelo-tribunal-do-juri-que-esta- sendo-julgada-no-plenario-virtual-do-stf/> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁴⁹ FERNANDES, Maíra; SCALCON, Raquel; SOARES, Pollyana de Santana. STF precisa ser contra prisão imediata de réu condenado no Tribunal do Júri. *ConJur*, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/escritos-mulher-stf-prisao-imediata-reu-tribunal-juri> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

juízo, ainda em trâmite, do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.235.340/SC⁵⁰ no STF. No caso, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso reconheceu a repercussão geral da matéria, dada a sua relevância social e a existência de entendimentos dissonantes no âmbito da própria Corte.

Segundo a descrição do Tema n. 1068 do Supremo Tribunal Federal o que se discute em repercussão geral *in casu* é “à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução da pena imposta pelo Conselho de Sentença”⁵¹.

O Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC foi interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a execução antecipada da prisão de um réu que foi condenado pelo Conselho de Sentença. Esse réu foi condenado pelo júri a uma pena de 26 anos e 8 meses de reclusão e de 1 ano de detenção, em regime fechado, pelos crimes de feminicídio triplamente qualificado e posse de arma de fogo.

O fundamento do STJ, nessa decisão, foi de que não havia, no caso concreto, qualquer elemento apto a justificar a custódia cautelar do réu e tampouco havia trânsito em julgado da condenação, razão pela qual entendeu por obstar o mandado de prisão expedido pelo Tribunal do Júri.

Por outro lado, o Ministério Público argumentou que tal execução provisória decorre do princípio da soberania dos veredictos, já que, uma vez reconhecida e delimitada a responsabilidade penal do réu pelo Conselho de Sentença, não pode ocorrer sua revisão em sede recursal.

Vale ressaltar que o processo supracitado foi protocolado em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019 e, portanto, em momento anterior à aplicação da inovação normativa ora estudada.

Cabe rememorar, também, que a lei processual penal não retroage no tempo para abarcar fatos anteriores, nem mesmo quando for mais benéfica ao réu (como ocorre com a lei penal material e a dita lei penal híbrida), conforme se depreende do artigo 2º do Código de Processo Penal: “Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”⁵².”

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) 1.235.340/SC - Processo n. 4006821-45.2019.8.24.0000*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1068*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068> >. Acesso em: 01 mar. 2023.

⁵² BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

Muito embora o caso concreto seja anterior ao Pacote Anticrime, a discussão no STF foi atravessada por sua vigência superveniente, uma vez que, ao menos agora, há a previsão na legislação processual penal da execução imediata da pena antes do trânsito em julgado no âmbito do Tribunal do Júri.

A inovação normativa chamou a atenção para a necessidade de se fixar um entendimento uniformizado no Poder Judiciário, sob pena de se incorrer em um contexto de insegurança jurídica.

O julgamento do RE n. 1.235.340/SC ainda está em andamento, mas o Relator e alguns dos Ministros da Corte já votaram (seus argumentos são expostos e desenvolvidos no Capítulo 3 desta monografia).

Independentemente da conclusão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, fato é que a discussão exige cautela, uma vez que envolve diferentes princípios constitucionais, como o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da soberania dos veredictos e, também, um princípio que tem ganhado proeminência na Corte nos últimos anos: o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente do Estado.

Ademais, em termos práticos, a matéria toca diretamente a realidade do sistema prisional brasileiro, pois implica em uma possível extensão do aparato punitivo estatal via antecipação da execução penal.

Forçoso reconhecer que as consequências práticas do novo dispositivo são um tanto palpáveis na realidade brasileira, em especial porque o Código Penal prescreve penas em abstrato significativamente altas para os crimes dolosos contra a vida mais comuns, por exemplo: homicídio simples – pena de seis a vinte anos de reclusão; homicídio qualificado – pena de doze a trinta anos de reclusão; feminicídio – pena de doze a trinta anos de reclusão.

Portanto, mesmo com o limite temporal da sanção introduzido na Lei, não são raras as condenações a pena de reclusão igual ou superior a quinze anos no âmbito do Tribunal do Júri, ainda que circunstâncias subjetivas e objetivas de cada caso concreto influenciem na dosimetria da pena, tanto para aumentá-la como para diminuí-la.

Ainda, há que se considerar os contornos sociais que atravessam a nova previsão, uma vez que o sistema prisional brasileiro foi qualificado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal como “um estado de coisas inconstitucional” no âmbito do julgamento da Medida Cautelar na

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347⁵³, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Na mencionada ADPF, o STF reconheceu a situação desumana à qual os presos no Brasil são submetidos, tendo seus direitos humanos mais básicos constantemente violados dentro do cárcere. Trata-se de decisão que, uma vez exarada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por força dos termos da Constituição⁵⁴, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Embora o peso dessa decisão, em termos práticos, seja questionável, a sua constatação é inegavelmente de extrema relevância, uma vez que atesta a inconstitucionalidade da situação carcerária brasileira tal como ela se encontra.

E, por mais que a inovação normativa de execução imediata da pena no Tribunal do Júri não invoque uma nova criminalização específica ou um aumento de repressão a delitos genéricos, ela implica em uma antecipação da pena de prisão e, portanto, em um aumento imediato de pessoas encarceradas.

Daí a importância de uma reflexão empírica e qualitativa acerca dos debates teóricos e consequências práticas da supracitada inovação normativa. O presente estudo realiza esse esforço reflexivo sob a lente teórica da racionalidade penal moderna, nos moldes apresentados no capítulo subsequente.

Esse quadro teórico oferece interessantes ferramentas para a reflexão proposta, na medida em que explora as diferentes representações que os juristas ocidentais, desde a modernidade, possuem acerca das funções do Direito Penal. A partir de uma descrição sociológica do ideário punitivo moderno, a Teoria da Racionalidade Penal Moderna (Teoria da RPM) busca compreender os porquês de o sistema jurídico agir como age em matéria penal – seja no que tange às decisões e manifestações próprias do Poder Judiciário, como no que tange à prática legislativa sobre o tema.

A Teoria da RPM adentra o nível cognitivo do debate crítico do Direito Penal e Processual Penal, lançando mão de categorias analíticas que, embora próprias da Sociologia, são capazes de alcançar o âmago da discussão ora provocada. A ideia, *in casu*, é analisar a arena de sentidos que são escolhidos e usados por alguns juristas para mobilizar a defesa ou a crítica à sanção penal imediata no âmbito do Tribunal do Júri.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 – Processo n. 0003027-77.2015.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

⁵⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

2. A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Este capítulo⁵⁵ é dedicado ao estudo da Teoria da Racionalidade Penal Moderna (Teoria da RPM), desenvolvida por Álvaro Pires, professor da Universidade de Ottawa, e por alguns pesquisadores que foram seus orientandos. Ele se presta a delinear os aspectos centrais da referida teoria e a explicar sua conexão com o objeto de pesquisa, de modo a justificar a escolha deste quadro teórico como lente de análise.

2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O professor Álvaro Pires, detentor da *Canada Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality* do Departamento de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa⁵⁶, desenvolveu, junto à sua equipe de pesquisadores, um aparato teórico sociojurídico⁵⁷: a citada Teoria da Racionalidade Penal Moderna.

Em síntese, a Teoria da RPM procura descrever o sistema de pensamento específico ao qual o Direito Penal ocidental se encontra vinculado desde a passagem do século XVIII para o século XIX. Seu argumento central é o de que esse sistema de pensamento, composto pelos pressupostos comuns das teorias tradicionais da pena, rege e limita, até os dias atuais, as possibilidades de soluções de conflito em matéria penal no Ocidente.

2.2. OS ELEMENTOS DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

A racionalidade penal moderna consiste no ideário cognitivo que assumiu a hegemonia em matéria penal durante a passagem da era antiga para a era moderna, no contexto ocidental europeu.

⁵⁵ Este capítulo é uma versão condensada, e adaptada ao presente objeto de pesquisa, do Capítulo 2 de minha Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. FERREIRA, Isabella Dias. *A Criminalização da LGTBfobia no STF e a Racionalidade Penal Moderna: um estudo sobre a representação de grupos sociais da função do direito criminal*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2023.

⁵⁶ UNIVERSITY OF OTTAWA. *Members*. Disponível em: < <https://uniweb.uottawa.ca/members/810/profile> >. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁵⁷ Segundo o próprio, Pires realiza uma “Sociologia do Direito Criminal *com* o Direito Criminal”. GISI, Bruna *et al.* A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil: entrevista com Álvaro Pires. *PLURAL, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*. São Paulo, v. 24.1, 2017, p. 125.

Segundo Pires⁵⁸, é possível delinear uma genealogia da racionalidade penal moderna a partir da observação de três momentos históricos que foram fundamentais para a formação do Direito Penal contemporâneo: os séculos XII, XVI e, principalmente, o século XVIII. Para o autor, esses três marcos temporais são estratégicos porque sinalizam transformações concretas das “formas jurídicas”⁵⁹ predominantes em cada contexto.

Em suas obras, o professor remonta os passos dados no sentido da construção de uma semântica de justiça judiciária marcadamente moderna: desde o movimento de ritualização da luta entre os indivíduos como forma de solução de conflitos sociais, passando pelo sistema baseado na lógica de guerra contra o rei, até o sistema pautado pelo ideal de proteção da sociedade⁶⁰.

Pires⁶¹ chama a atenção para três aspectos que caracterizaram as transformações envolvendo o discurso filosófico-jurídico acerca do direito, do delito e do castigo: 1 – a formulação histórica de um discurso geral sobre o direito, o delito e o castigo; 2 – a produção de um discurso mais localizado e autônomo sobre a conceitualização do castigo; 3 – a construção de uma específica imagem/representação da figura do transgressor.

Quanto ao primeiro aspecto, ele descreve a preocupação, durante o período pré-clássico (do século XII a 1750), em se formular um grande discurso geral que fosse capaz de justificar e caracterizar o espaço e os limites do direito positivo e do poder secular do soberano. A ideia inicial, portanto, voltada à centralização do poder de governar e à assunção do controle dos conflitos sociais pelo Estado, era a de demarcar a diferença entre o poder divino e o poder real.

Neste ponto, o autor retrata um processo de secularização e de unificação da justiça judiciária com base na distinção entre poder eclesiástico/divino/natural x poder real/positivo/civil do soberano. Ainda, internamente a este último polo, o discurso viria a se organizar a partir de uma concepção indivisível do direito positivo: capaz de comportar tanto as normas civis como as normas penais.

Assim, segundo o professor⁶², não se trata, em princípio, de um discurso geral pautado na distinção entre Justiça Civil e Justiça Penal, mas sim em uma distinção, interna ao direito

⁵⁸ DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montreal et Presse de l'Université d'Ottawa, 1998.

⁵⁹ Expressão emprestada de Foucault (2013). FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

⁶⁰ DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

positivo, entre a dimensão de proibições estabelecidas e a dimensão coercitiva das sanções legais – voltadas estas à efetivação e ao respeito daquelas. Aqui, a noção de castigo assume um molde extremamente amplo, de maneira a abarcar todo o conjunto de sanções legais do direito secular.

Dessa forma, estando a representação repressiva do direito inserida no âmbito geral do direito organizado, também a noção de crime é concebida de modo amplo: crime é toda afronta à lei positiva que seja passível de ser sustentada em um tribunal estatal⁶³.

No que tange ao segundo aspecto, Pires⁶⁴ se volta à gradual conceituação localizada do castigo, tão cara às teorias tradicionais da pena.

Trata-se de um discurso que, de acordo com o autor, foi extraído, principalmente, da doutrina da expiação de Santo Anselmo – presente em alguns escritos de Berman, de 1983 – segundo a qual a punição tem uma formulação específica, adequada a uma concepção divina de justiça: a punição deve representar o pagamento de um mal por outro mal – em outras palavras, a inflicção de sofrimento é compreendida como a única resposta apta a reestabelecer a ordem moral de um meio perturbado por um pecado⁶⁵.

Essa visão expiatória e retributiva do castigo faz com que o delito seja concebido, neste segundo aspecto, como um conflito vertical entre o indivíduo que o cometeu e Deus. A figura divina de Deus toma a forma de uma autoridade hierárquica que exige a punição e que será a beneficiária direta desta.

Nesse sentido, o castigo é imprescindível ao pagamento pela desobediência à lei divina. Aqui, pouco importa, para fins de justiça, a reparação positiva do dano feito à vítima – a reparação pode até ser suficiente perante a vítima, mas não perante a ordem moral.

Não obstante, no contexto dessa “justiça judiciária do Deus-punitivo”, como chamou o autor⁶⁶, desenvolveu-se a ideia de que a punição, o sofrimento a ser infligido, para que atinja seu fim moral da expiação, não pode ser menor que o mal causado pelo delito.

Pires retrata como esse sentido estrito do castigo foi gradualmente emergindo no contexto de secularização do direito positivo, junto ao sentido amplo de castigo do grande discurso geral, embora de forma mais modesta. Ele afirma que esse conceito mais localizado e autônomo vai encontrar um ambiente fértil para se desenvolver justamente no Século da Luzes,

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

quando alguns autores, como Kant e Hegel, irão secularizá-lo, e outros, como Hobbes, Bentham e Beccaria, vão moldá-lo ao aporte utilitarista⁶⁷.

Assim, embora na origem seja intrinsecamente ligada ao ideal retributivista, essa noção de castigo vai ser resgatada por uma série de teóricos alinhados ao utilitarismo, embasando circuitos paralelos do discurso sobre as penas. Significa dizer que, ainda que essas teorias tradicionais da pena divirjam quanto aos objetivos do castigo, elas carregam a antiga índole do “Deus-punitivo”⁶⁸.

Ainda dentro desse segundo aspecto, o surgimento do sentido específico de castigo começa a delinear uma tendência de distinção entre condutas a serem reparadas e condutas a serem punidas. Recorrendo a escritos de Grotius⁶⁹, o professor consegue identificar o embrião da racionalidade penal moderna enquanto um sistema de pensamento fechado, diferenciado do âmbito civil.

É possível perceber, por meio de sua análise, que o Direito Penal, com o tempo, passa a sustentar, sozinho, o núcleo duro do direito natural – a moralidade que este carrega – e, também, princípios contratualistas, de modo que os autores que formularam as teorias tradicionais da pena transitam, em maior ou menor grau, entre os discursos filosófico-jurídicos pré-clássico e clássico.

O terceiro aspecto destacado por Pires⁷⁰, por sua vez, diz respeito às transformações nas representações culturais do transgressor da lei.

Entre os séculos X e XII, segundo o autor, a imagem social do transgressor da lei correspondia à de inimigo da vítima. Ou seja, a visão sobre o conflito, à época, era marcada por uma horizontalidade entre o agressor e a vítima do delito.

Após o século XII, essa imagem social começa a lentamente se modificar: o conceito de dano passa a ser substituído pela noção de infração⁷¹. Entre os séculos XII e XVIII, o transgressor da lei passa a ser visto como um inimigo real, alguém que ofendeu diretamente a ordem do soberano, e, por isso, alguém cujo castigo será exercido em nome de uma “vingança real”. Neste último período mencionado, no entanto, o delito ainda possui um sentido amplo e flutuante, sem distinção clara entre ilícitos penais e ilícitos civis.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ GROTIUS, 1625 *apud* DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, 1998.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ FOUCAULT, 1974 *apud* DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, 1998.

Para o autor⁷², é a partir da segunda metade do século XVIII que conceitos importantes envolvendo o crime e a pena sofrem transformações voltadas à autonomização do Direito Penal, fazendo mudar também a representação social do transgressor da lei penal.

Ele recorda como a época exigia a constituição de uma nova compreensão do Direito Penal, liberta do ideal de vingança e compatível com os princípios humanistas que se desenvolviam naquele contexto. Assim, as próprias teorias contratualistas deram conta de, em parte, ressignificar a infração como uma ofensa contra a sociedade, e não mais contra o rei.

É nesse momento que o direito de punir passa a se vincular à noção moderna de proteção da sociedade,⁷³ e o transgressor da lei penal passa a constituir uma classe específica de indivíduos: a classe dos inimigos sociais, dos inimigos de todos.

As teorias tradicionais da pena exercem aqui um papel estratégico para concatenar os antigos ideais morais de crime e castigo com os novos princípios do contrato social⁷⁴. Eis, segundo Pires, o ambiente propício para o desenvolvimento da distinção entre Direito Penal – voltado aos inimigos de todos – e Direito Civil – voltado à dimensão da vítima.

Assim, a Justiça Penal, diferentemente da Justiça Civil, consegue manter sua dinâmica vertical desde que pautada por alguns princípios iluministas. E, para se autolegitimar e justificar seus moldes modernos, recorre à noção de contrato social e à redução da moralidade ao seu âmbito de última *ratio* – nas palavras do professor, essenciais ao manejo dos ilegalismos e ao emprego de seus meios rigorosos.

Logo, as teorias tradicionais da pena tiveram um papel fundamental na justificação do Direito Penal em seu perfil severo, diferenciado e limitado à obrigação de punir, tal como é conhecido ainda hoje.

Segundo o autor⁷⁵, a noção de justiça judiciária assume, assim, ao final do século XVIII, a forma de exigência pragmática, imprescindível à proteção da sociedade, e a forma de obrigação moral e jurídica de punir – por meio da inflição de sofrimento –, imprescindível à expiação do infrator.

Nesse sentido, o ideal de solução justa de um conflito passou a envolver necessariamente a obrigação moral e política de punir o infrator – a punição surge como uma necessidade imperiosa sem a qual não há falar em verdadeira justiça.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ FOUCAULT, 1975 *apud* DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, 1998.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

Em síntese, para recapitular, a racionalidade penal moderna, enquanto um sistema de pensamento, é constituída por uma gama de discursos filosófico-jurídicos, não necessariamente coerentes entre si, que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, em especial durante as reformas que marcaram a passagem do século XVIII para o século XIX.

O saber penal moderno foi assim construído graças a um esforço cultural de naturalização do crime como ofensa ao Estado e ao corpo social e do criminoso como um inimigo a ser castigado. A sanção jurídica penal, sempre segundo Pires⁷⁶, na virada do século XVIII para o XIX, passou a ser caracterizada pela expiação do mal pelo mal, pela estigmatização e, ainda, por um tipo de reabilitação que só poderia ser alcançada por meio da prisão.

Desenvolvendo justificativas incontornáveis da punição, as teorias tradicionais da pena ocuparam quase que exclusivamente o domínio do Direito Penal. Quanto a essa antiga hegemonia, o que mais interessa ao presente estudo é a capacidade da Teoria da RPM de identificar e descrever como as teorias tradicionais da pena se harmonizam entre si para formar o quadro coercitivo que orienta o Direito Penal contemporâneo.

Como notou Pires⁷⁷ em sua construção analítica, as teorias da pena, na realidade, não são verdadeiras alternativas umas às outras, mas, ao contrário, são perspectivas cúmplices que compartilham uma série de pressupostos comuns.

Muito embora essas teorias se contradigam em pontos específicos e se apresentem às vezes como distintas e irreconciliáveis, “é possível ver, nesse ‘todo heterogêneo’, uma homogeneidade de conjunto que orienta de forma suficientemente coerente a tarefa de determinação da pena no sistema de direito criminal”⁷⁸.

Essa “homogeneidade de conjunto”, que conecta as teorias tradicionais da pena sob o manto da RPM é formada por uma série de pressupostos comuns que essas teorias compartilham entre si:

Para resumir a ideia, as teorias modernas da pena criminal, a despeito de todas suas diferenças e aparentes oposições, dividem um conjunto de ideias comuns que, quando colocadas em evidência por um olhar analítico, podem ser vistas como constituindo um terceiro nível que vai além das diferenças mais aparentes. Dito de outra forma, a observação das comunicações do sistema de direito criminal em matéria de penas pode ascender a um nível macro onde os elementos compartilhados convergentes de

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ XAVIER, José Roberto Franco. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18, n. 84, mai/jun 2010, p. 274-276.

cada teoria se combinam numa categoria que supera as disputas e contradições entre elas⁷⁹.

Garcia⁸⁰ elabora um esquema de descrição da RPM bastante interessante, no qual indica três diferentes níveis de observação: 1º - nível das ideias, que conecta as teorias da pena umas às outras; 2º - nível das teorias, que seleciona as ideias e confere a elas seus respectivos sentidos internos; 3º - nível da racionalidade penal moderna propriamente dita, em que as teorias se articulam na formação do sistema de pensamento.

Primeiro, quanto ao nível micro das ideias (1º nível, segundo Garcia), Xavier⁸¹ elenca alguns dos principais pressupostos comuns na seguinte ordem: o dever de punir (ou seja, a obrigação de infligir sofrimento em resposta a um crime); a pena como meio de sofrimento (pena enquanto solução única e inevitável); a proteção da sociedade (e a lógica de inimigo que ela supõe); a proporcionalidade (que pressupõe uma quantidade mínima e uma quantidade máxima de sofrimento a ser aplicado e trabalha com uma gradação entre punições para crimes diferentes); e a responsabilização como necessariamente equivalente à distribuição de sofrimento.

Já quanto ao 2º nível das teorias tradicionais da pena, na leitura de Pires⁸², tais são elas: a teoria utilitarista da dissuasão, cujo argumento foca na correção moral do infrator via castigo e disciplina (também conhecida como utilitarismo penal clássico – defendido por Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, entre outros); a teoria retributiva/expiatória (ou retributivismo penal clássico – cujos expoentes foram Kant, Hegel, Binding etc.); e a teoria da readaptação/neutralização (ou utilitarismo penal positivista – sustentado por Cesare Lombroso, Ferri, Garófalo, entre outros).

Importante destacar que as premissas principais dessas teorias circundam o que mais comumente, na doutrina penal contemporânea brasileira, é conhecido por teoria da retribuição, teoria da reabilitação, teoria da dissuasão e teoria da denunciação. De acordo com Durkheim, são todas teorias voltadas à orientação do que se deve fazer, e não à descrição prática da realidade⁸³.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 278.

⁸⁰ GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Thèse de Doctorat en Sociologie. Montréal: Université du Québec à Montréal, 2009.

⁸¹ XAVIER, *op. cit.*

⁸² DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

⁸³ DURKHEIM, 1922 *apud* DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, 1998..

A partir desse olhar sociológico das teorias da pena, com base na intuição durkheimiana, Garcia⁸⁴ descreve o objetivo maior de todas elas: decretar normas de conduta. E a autora demonstra como essa rede de justificações da pena, enquanto necessariamente inflição de sofrimento proporcional à transgressão, provocou uma ultra valorização do Direito Penal, como a única resposta justa aos conflitos sociais, e a conseqüente desvalorização de quaisquer alternativas possíveis.

Seguindo o prisma sociológico – e não tão jurídico – das teorias, convém conceituá-las.

A teoria da retribuição sustenta que a pena possui um valor axiológico intrínseco: retribuir ao infrator, por meio da punição, o mal que este causou ao praticar o delito – em outras palavras, o mal do delito deve ser expiado pelo mal do castigo. Qualquer outro objetivo, além da própria inflição de sofrimento, assume um caráter secundário perante esta teoria.

Como afirma Ricardo Cappi, “o mal da pena é, portanto, concebido como o único meio que pode restabelecer, legitimamente, a justiça”⁸⁵. E, ainda, esse fundamento moral, atrelado à noção kantiana de punição como um imperativo categórico, com um fim em si mesmo, faz com que outras hipóteses de solução de conflito sejam concebidas como formas de impunidade⁸⁶.

A teoria da reabilitação, por sua vez, defende a funcionalidade da pena enquanto um processo de cura do infrator, no sentido de que este deve passar por um período de isolamento social – em regra, na prisão – e somente retornar à sociedade quando estiver novamente preparado a viver harmoniosamente sob o rigor das normas jurídico-sociais. Aposta-se aqui na instrumentalidade da pena enquanto parte de um processo de reeducação social do infrator, com o fim precípua de proteger a sociedade.

Cabe pontuar, todavia, que embora a teoria da reabilitação seja tratada aqui como um grupo uníssono de ideias, ela é composta por diversas vertentes que não necessariamente concordam quanto aos métodos da proposta reabilitação social. E, por mais que se reconheça a relevância teórica de cada vertente, não cabe ao presente estudo, dado o seu escopo limitado, explorar suas particularidades.

⁸⁴ GARCIA, *op. cit.*

⁸⁵ CAPPI, Ricardo. Racionalidade penal moderna, inovação e regressão: uma trilogia conceitual para distinguir as maneiras de pensar as respostas às condutas criminalizadas. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Orgs.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 22.

⁸⁶ DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

Ainda assim, é possível destacar que, historicamente, o entendimento predominante inserido na teoria da reabilitação envolve medidas de exclusão social do infrator e, portanto, de intervenção vertical e inflição de sofrimento.

Já a teoria da dissuasão está voltada à noção de funcionalidade da pena como prevenção de delitos futuros, seja com relação ao próprio infrator a ser penalizado como com relação à coletividade social.

Assumindo o *front* da representação clássica do que seria a primordial função da pena, a teoria da dissuasão, segundo seu precursor moderno Cesare Beccaria⁸⁷, sustenta que a legitimidade da punição se encontra em seu potencial dissuasivo no comportamento dos indivíduos. É dizer que a inflição de sofrimento é socialmente útil porque é a única forma, caso seja suficientemente severa (nem mais e nem menos do que suficiente), de fazer com que o infrator desista de cometer novos delitos e de evitar que as pessoas à sua volta sigam o exemplo.

E, por fim, a teoria da denunciação argumenta que a função primordial da pena é denunciar publicamente a reprovação de condutas específicas, de infrações e, assim, reafirmar as normas penais – função simbólica/pedagógica de demonstrar a todo o corpo social que o seu meio não tolera determinados comportamentos.

Também chamada de teoria da reafirmação dos valores, a denunciação posiciona a utilidade da pena em seu potencial indicativo e simbólico das expectativas de determinada sociedade. Diferentemente das teorias anteriores, o público, para além de destinatário da norma jurídica, assume a condição de relevante critério interno do próprio sistema⁸⁸.

O 3º nível, por fim, é justamente o da articulação das teorias na formação da unidade do sistema de pensamento.

No que tange ao pressuposto do dever de punir, independentemente dos objetivos declarados por cada teoria, a obrigação de infligir sofrimento a um indivíduo considerado culpado por um delito perpassa a teoria da retribuição (para que o infrator sofra o mal que causou), a teoria da reabilitação (para que o infrator enfrente o processo de cura e ressocialização), a teoria da dissuasão (para que ocorra o desestímulo à prática de futuros delitos) e a teoria da denunciação (para que o meio social compreenda a conduta como reprovável). Nenhuma dessas teorias admite a não punição em matéria penal e, embora elas eventualmente critiquem os objetivos umas das outras, a obrigação de punir em sentido estrito se mantém intocada.

⁸⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁸⁸ PIRES, Álvaro. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *In: Sociologie et Sociétés*, [s.l.], v. 33, n. 1, p. 179-204, 2001.

Como dito, ainda que as teorias divirjam em pontos elementares da sua construção, a infligência de sofrimento é um dado intrínseco a todas elas.

Sem punição, não se faz justiça (retributivismo); sem punição, a sociedade vira um caos, pois nada nos impedirá de transgredir a norma (dissuasão); sem punição, não se pode estabelecer medidas terapêuticas para o infrator (reabilitação); sem punição, não se reafirma a norma, não se responde às expectativas da sociedade (denúnciação). A justificativa varia, mas não a forma criada no meio “direito de punir”⁸⁹.

Quanto à pena como meio de sofrimento, ainda que as razões variem, também as teorias convergem ao sacralizar a imposição de sofrimento como única resposta apropriada e suficiente em matéria penal. Nesse sentido, também a noção de responsabilização ganha uma correspondência estrita com a ideia de necessária imposição de sofrimento:

Não se diz apenas que “a pena é um mal necessário” no sentido de um mal incontornável em certos casos, mas também que ele é uma moeda cujo valor de troca é superior ao do bem. A se crer nessas teorias, é apenas pelo mal-da-pena que se restabelece a justiça ou que se atinge a felicidade. Com efeito, para a teoria retributiva, o sofrimento do infrator é uma virtude expiatória insubstituível; para a teoria utilitarista clássica, o mal-da-pena é concebido como uma vacina mágica que, uma vez aplicada a um doente, torna-o capaz (ele e principalmente os demais indivíduos da sociedade) de alcançar a felicidade (teoria utilitarista clássica)⁹⁰.

Tanto é assim que o domínio histórico das teorias tradicionais da pena perante o sistema penal do Ocidente moderno provocou a desvalorização de outras searas jurídicas e, mais ainda, a desvalorização de searas não jurídicas como possíveis soluções a conflitos sociais⁹¹.

A apologia incondicional ao mal da pena, como entende Pires⁹², faz com que o princípio da última instância seja, ao mesmo tempo, necessário para justificar a severidade da resposta penal e neutralizado pela dinâmica que subjaz sua aplicação – ele é, na melhor das hipóteses, reduzido a garantias de proteção do infrator no decorrer do processo criminal.

O mesmo ocorre com o ideal de proteção da sociedade. Como desenvolve Xavier⁹³, esse princípio diretor pressupõe a imposição de um mal concreto em prol de um bem futuro e imaterial. A percepção moderna é a de que a expressiva severidade do Direito Penal se justifica em seu caráter de guardião último da sociedade.

⁸⁹ XAVIER, *op. cit.*, p. 281.

⁹⁰ XAVIER, *mimeo*.

⁹¹ GARCIA, *op. cit.*

⁹² DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

⁹³ XAVIER, 2010, *op. cit.*

Essa noção, ainda, acaba por produzir a crença de que a proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e o mal a ser infligido pela pena deve se vincular ao valor social do bem ofendido. Assim, entende-se por justa a pena pautada por uma quantidade mínima e uma quantidade máxima de sofrimento, bem como por uma gradação variável conforme a gravidade do crime cometido – a qual supostamente varia, também, conforme o valor do bem jurídico ofendido⁹⁴.

Esse saber nos legou, ainda que não intencionalmente, uma “razão punitiva” que não consegue – e que *não quer* – valorizar uma “doutrina da não-severidade”. Podemos dizer que a severidade se tornou em boa parte indissociável da racionalidade penal moderna. É por essa razão que os princípios da moderação e da última instância se tornaram vacilantes, cacofônicos – quase contraditórios – no quadro dessa racionalidade. A racionalidade penal moderna tenta projetar a imagem de que a pena é “equilibrada”, nem “moderada” nem “cruel”: ela é *devida*. Dessa forma, o penalista só consegue identificar os excessos particularmente irritantes de severidade. Uma das grandes novidades do saber penal moderno foi difundir a convicção de que a pena era um mal necessário no sentido *normativo* do termo: um mal que deve ser constitutivo do direito penal, incluído na linha de frente de suas finalidades (dissuadir, proteger a sociedade pela severidade, fazer pagar o mal pelo mal etc.)⁹⁵.

Em síntese, as teorias tradicionais da pena, apesar de suas pontuais diferenças e dos distintos argumentos que propõem, são estruturalmente atravessadas por esses pressupostos decorrentes da própria noção de justiça judiciária moderna. E, em que pese conferirem uma forte coesão interna à racionalidade penal moderna, esses elementos limitam a intervenção jurídica em matéria penal de forma a restringi-la a uma atuação excessivamente repressiva e obsoleta.

Ainda, outro atributo importante a ser comentado é o de que a hipótese cronológica da RPM indica que essas grandes teorias impulsionaram a representação da Justiça Penal como um sistema de regulação diferenciado de outros sistemas de regulação social e jurídica, fechado em si mesmo e marcado por aspectos e elementos distintos das demais searas do Direito. Nas palavras de Pires⁹⁶, foi Beccaria quem, de forma mais visível e forte, combinou os atributos desse sistema de pensamento como matéria distinta e, assim, deu o pontapé inicial da RPM.

Enquanto a Justiça Civil ia se voltando ao mundo doméstico, das relações estritamente privadas, e assumindo um caráter flexível e criativo nas soluções de conflito, admitindo inclusive métodos de negociação entre os envolvidos, a Justiça Penal foi ficando incumbida dos

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ XAVIER, *mimeo*.

⁹⁶ DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

conflitos sociais envolvendo os interesses do mundo público, do contrato social e do Estado, tornando-se cada vez mais ríspida e estéril, limitada e vinculada à imposição de penas, em especial da pena de prisão, independentemente das vontades de quaisquer das partes⁹⁷.

A diferenciação entre esses sistemas de regulação tomou tamanha proporção que, segundo o professor⁹⁸, é como se, por princípio, eles sequer compartilhassem a mesma natureza. Não obstante, com o tempo, o ideal de justiça passou a se identificar unicamente com a Justiça Penal, mormente com a imposição da pena de prisão. É como se qualquer alternativa à pena, em especial à pena de prisão, representasse verdadeira impunidade perante um problema social.

2.3. OS ARGUMENTOS DA TEORIA DA RPM

A teoria elaborada por Pires parte de um esforço direcionado à superação do ideário punitivo que rege o Direito Penal moderno. Ela se desenvolve com base nas seguintes provocações: qual é a atual concepção de justiça? Qual a atual representação das funções do Direito Penal? Qual progresso foi empreendido, em matéria jurídico-penal, desde o surgimento e a imposição das teorias tradicionais da pena?

Ao explorar esses questionamentos, Pires estruturou a Teoria da RPM sob a tese de que o sistema de direito penal ocidental ainda se encontra vinculado ao sistema de pensamento construído na passagem do século XVIII para o XIX.

De acordo com Xavier⁹⁹, esse sistema de pensamento, que, como descrito logo acima, congloba os múltiplos discursos filosófico-científicos que as teorias tradicionais da pena compartilham entre si, foram assumidos pelo sistema social moderno do Ocidente e funcionam como sua fonte de cognição, tanto em relação à sua identidade como às suas atribuições.

Álvaro Pires recorre à noção de obstáculo epistemológico de Bachelard¹⁰⁰ para demonstrar que as premissas da RPM configuram limitações cognitivas imobilizadoras,

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, 2015, p. 438-463.

¹⁰⁰ A ideia de obstáculo epistemológico, elaborada por Gaston Bachelard (1996) e empregada na Teoria da RPM de Álvaro Pires, consiste em uma contundente crítica à inércia dos saberes habituais e aos seus simbolismos intocáveis. Ela contribui para o estudo proposto na medida em que invoca uma reflexão sistemática e racionalizada dos fenômenos científico-sociais (dentre eles, os que compõem o Direito Penal moderno) e dos obstáculos que envolvem o próprio ato de conhecer. É possível, a partir dessa concepção, desestabilizar a construção histórica do “inconsciente científico” que rege o Direito Penal moderno desde a sua formação e, assim, abrir caminhos a novas possibilidades de pensamento e observação. BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 51.

capazes de inviabilizar quaisquer alternativas alheias ao que estabelece o ideário punitivo moderno.

A fim de ilustrar a imposição cognitiva que, segundo o professor, ainda constrange o corpo jurídico em termos de intervenção jurídica penal, ele empresta a descrição de Watzlawick quanto às “garrafas para moscas”:

Essas garrafas foram utilizadas para algumas experiências e serviram para elucidar como nós reagimos do ponto de vista do conhecimento em certas circunstâncias. Essas garrafas, conta Watzlawick, “tinham uma larga abertura, em forma de funil, dando uma aparência de segurança para as moscas que se aventuravam no gargalo cada vez mais estreito do recipiente. Uma vez no interior da garrafa, a única forma da mosca sair era retomar o mesmo canal estreito pelo qual ela entrara. Mas, visto do interior, este lhe parecia ainda mais estreito e perigoso que o espaço no qual elase encontrava prisioneira”. Ela procurava então a saída lá onde ela não estava, ou seja, no espaço aparentemente mais aberto e mais seguro do fundo da garrafa, terminando por morrer na garrafa ainda que a saída não estivesse vedada. Ora, segundo Wittgenstein, continua Watzlawick, “seria preciso, numa tal situação, convencer a mosca que a única solução para o seu dilema era de fato aquela que parecia a menos apropriada, e a mais perigosa”: era preciso tomar o caminho inverso, se aventurar no gargalo da garrafa, para reconquistar sua liberdade. Para Watzlawick, nossa questão se torna então a seguinte: “como encontramos uma saída da garrafa para moscas, de uma realidade que construímos e que não nos convém?”. Mais grave ainda: “temos alguma esperança de nos libertarmos se todas as soluções que imaginamos sempre nos levam a apenas “mais da mesma coisa”.¹⁰¹

Nas palavras do autor, “parece-nos ser possível dizer que construímos progressivamente no Ocidente alguma coisa que se assemelha a uma ‘garrafa para moscas’ no que concerne à justiça criminal”.¹⁰² Isso porque, mesmo diante das já reconhecidas falhas em matéria penal (principalmente no que tange ao sistema prisional), a sociedade continua a se debater no fundo da garrafa:

Insatisfeitos hoje com esse papel, nós nos debatemos no fundo da garrafa para fazer outra coisa do direito penal, para pensá-lo de forma diferente. No entanto, cada vez que nos viramos para o gargalo da garrafa para sair, voltamos rápido para o fundo e começamos outra vez a imaginar soluções que reforçam ainda mais as paredes dessa garrafa que nos sufoca¹⁰³.

Nesse sentido, mesmo os saberes atuais considerados mais críticos da área falham em tentar implementar transformações penais significativas e estruturais. De acordo com a Teoria da Racionalidade Penal Moderna, embora se tenha de certa forma superado representações como a do criminoso nato ou a do status ontológico do crime, ainda paira a crença de que há

¹⁰¹ WATZLAWICK, 1983, p. 269 *apud* XAVIER, *mimeo*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

diferenças de natureza entre ilegalismos penais e ilegalismos cíveis e, ainda, a crença de que os efeitos simbólicos da punição penal são capazes de justificar a existência das prisões.

Como bem descreve Mariana Raupp, a naturalização das teorias tradicionais da pena tem o condão de imunizar a RPM de críticas: “é como se o direito penal se protegesse do questionamento da sua própria maneira de conceber e de praticar o direito de punir”¹⁰⁴.

Em síntese, segundo a Teoria da RPM, ainda hoje, os elementos comuns que embasam as teorias modernas da pena continuam a determinar e restringir categoricamente a gama de possibilidades de soluções de conflito no sistema de Direito Penal do Ocidente.

Ainda, a teoria sustenta que, para além de influenciar atores jurídicos no processo de justificação de escolhas penais, a RPM pode ser reativada em outras esferas, inclusive enquanto fundamento teórico de reivindicações políticas de atores não jurídicos¹⁰⁵.

Dessa forma, para além dos espaços comunicacionais que são o seu lugar por excelência (decisões em matéria de pena no político e no jurídico), podemos ver essas teorias serem atualizadas em documentos político-administrativos de reforma de prisões, em relatórios de comissões de reforma do direito, em comunicações das ciências sociais sobre os “problemas da punição” e dos procedimentos do sistema de direito criminal, nas comunicações do sistema de mídia que pedem “soluções” para escândalos, para violações das normas, para crimes de repercussão etc¹⁰⁶.

Significa dizer que o poder de encapsulamento cognitivo da RPM não se restringe necessariamente ao âmbito do sistema criminal, embora ocorra neste, por óbvio, de modo mais evidente.

E mais, Pires atenta para o caráter transpolítico desse sistema de pensamento, uma vez que, ao que tudo indica, sua força precede e supera conflitos entre diferentes visões de mundo. É possível afirmar, assim, que a racionalidade penal moderna se enraizou em um nível epistemológico mais profundo do que o nível das discordâncias de tipo ideológico-políticas, de modo que a sua efetiva superação exige um amplo e complexo esforço disruptivo.

2.4. A RACIONALIDADE PENAL MODERNA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

¹⁰⁴ RAUPP, Mariana. Por que é tão difícil reduzir o uso da prisão como pena? Obstáculos cognitivos na reforma penal de 1984. In: FULLIN; MACHADO; XAVIER, *op.cit.*, p. 76.

¹⁰⁵ “Em resumo, o sistema político é fundamental para a atualização da RPM: ele é um núcleo forte de reprodução de todos esses discursos em torno da pena criminal”. XAVIER, 2010, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰⁶ PIRES, 2008b, p. 17 *apud* XAVIER, *op. cit.*, 2010, p. 290.

A Teoria da RPM, conforme já elucidado, descreve um sistema de pensamento que se consolidou no Ocidente moderno e que delimitou os limites e características do Direito Penal contemporâneo. Limites esses que, segundo tal teoria, ainda regem e estruturam o atual Direito Penal ocidental.

A ideia, ao convocar um recente caso de introdução normativa processual penal brasileira para integrar o objeto de estudo, não é generalizar a análise de Álvaro Pires a todo e qualquer contexto histórico-espacial, até porque a atual realidade penal brasileira possui diversas imbricações e peculiaridades que a tornam única e extremamente complexa – marcada por atravessamentos de raça, gênero, classe social etc.

No entanto, o quadro teórico da RPM oferece interessantes instrumentos de reflexão, capazes de questionar as dinâmicas e os saberes penais que foram transmitidos, por meio da colonização europeia, a vários cantos do mundo.

A nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal¹⁰⁷, por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de execução imediata da pena em caso de condenação, no Tribunal do Júri, a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, envolve um recrudescimento do aparato punitivo estatal e, conseqüentemente, levanta relevantes discussões sobre vários aspectos do Direito Penal.

Assim, há muito a ser explorado no que tange aos conflitos, aparentes e reais, invocados e/ou refutados pelos defensores e pelos críticos do dispositivo.

O presente estudo se volta à análise dos argumentos que envolvem a mencionada introdução normativa, à luz da Teoria da Racionalidade Penal Moderna. Busca compreender de que forma, e em que medida, são reativadas premissas da RPM na construção desses argumentos.

A operacionalização da teoria na análise do material empírico ocorre da seguinte forma: a pesquisa explora os argumentos levantados pelos defensores e pelos críticos à norma e, então, seleciona aqueles cujos sentidos correspondem, de alguma forma, às ideias que constituem o sistema de pensamento da RPM conforme a classificação de Garcia¹⁰⁸: proporcionalidade, proteção da sociedade, última *ratio*, gravidade, dissuasão, igualdade etc.

¹⁰⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹⁰⁸ GARCIA, *op. cit.*

3. A ARENA DE ARGUMENTOS

Este capítulo estrutura a arena de argumentos que envolve a inovação normativa ora estudada, a saber, a atual redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁰⁹, introduzida pelo Pacote Anticrime, que prevê a possibilidade de execução imediata da pena em caso de condenação no Tribunal do Júri a pena igual ou superior a quinze anos de reclusão.

O primeiro subcapítulo apresenta os principais raciocínios que subjazem à referida introdução no Código de Processo Penal, identificando seus autores e as suas nuances no debate, tanto na doutrina como na jurisprudência. O segundo subcapítulo, por sua vez, realiza o mesmo movimento, porém com relação aos argumentos centrais do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC¹¹⁰, *leading case* do Tema 1068, com trâmite em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

3.1. OS ARGUMENTOS POR TRÁS DA INOVAÇÃO NORMATIVA

Há uma série de argumentos que embasam a introdução normativa da execução imediata da pena no Tribunal do Júri e, portanto, que defendem a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Logo na Exposição de Motivos do Pacote Anticrime, assinada por Sérgio Moro – então Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública – em 31 de janeiro de 2019¹¹¹, é possível destacar alguns desses fundamentos.

No início do documento são expostas as razões gerais das alterações ali propostas e, dentre elas, a de maior proeminência é o combate à criminalidade – em especial, à corrupção. O texto enfatiza, repetidas vezes, a existência de um cenário de violência grave no Brasil e sustenta a aprovação das novas normas como forma de amenizar esse problema social:

É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. [...] É evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas.¹¹²

¹⁰⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹¹¹ MORO, Sérgio Fernando. *Exposição de Motivos n. 00014/2019 MJSP* – Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília: Subchefia de Assuntos Parlamentares, 31 jan. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 27 jun. 2023.

¹¹² *Ibidem*.

Ainda no âmbito das razões gerais, o então Ministro salienta que a segurança pública é um direito constitucional tal qual o devido processo legal e defende uma maior celeridade no trâmite das ações penais, de modo a garantir maior efetividade na aplicação das sanções penais.

No que tange especificamente à alteração dos artigos referentes aos processos de competência do Tribunal do Júri, consta no documento apenas o seguinte parágrafo:

Os arts. 421, 492 e 584, na sua nova redação, dizem respeito à prisão nos processos criminais da competência do Tribunal do Júri. A justificativa baseia-se na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e a usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados e que justificam um tratamento diferenciado. Na verdade, está se colocando na lei processual penal o decidido em julgamentos do Supremo Tribunal Federal que, por duas vezes, admitiu a execução imediata do veredicto, tendo em conta que a decisão do Tribunal do Júri é soberana, não podendo o Tribunal de Justiça substituí-la (STF, HC nº 118.770/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 7/3/2017 e HC nº 140.449/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 6/11/2018).¹¹³

O trecho evidencia, como fundamentos centrais para a inovação do artigo 492 do Código de Processo Penal (considerando a redação originária do Projeto – ou seja, sem a exigência do *quantum* de quinze anos da pena), a soberania dos veredictos e a gravidade dos delitos de competência do Tribunal do Júri. Embora não discorra sobre tais justificativas, o texto remete o leitor ao entendimento exarado pelo STF nos julgamentos do HC n. 118.770/SP¹¹⁴ e do HC n. 140.449/RJ¹¹⁵.

Em sede do HC n. 118.770/SP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em março de 2017, proferiu acórdão cuja tese decisória previu que “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”¹¹⁶.

Na ocasião, a Corte analisou uma sentença condenatória, proferida por um Tribunal do Júri, que determinava a prisão ainda em primeira instância de uma pessoa que, em razão de duplo homicídio qualificado, foi condenada à pena de 25 anos de reclusão em regime inicial fechado. O juízo de primeiro grau fundamentou a execução imediata da pena na ideia de preservação da ordem pública.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 118.770 – São Paulo*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Acórdão disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 140.449 – Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Acórdão disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 113.

Ao chegar no STF, momento em que o réu já estava preso há sete anos, a ordem do HC pedia, conforme os termos do relatório, o afastamento da segregação, sob o argumento de que a hediondez da infração e a alegação genérica de garantia da ordem pública, bem como a superveniência de sentença condenatória, não eram hábeis a justificar a execução preventiva ou provisória da pena.

O Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do caso, foi voto vencido e, irrisignado, defendeu que: “a prisão preventiva há de guardar sintonia com o figurino legal, porque, revelando excepcionalidade, inverte a sequência natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se”¹¹⁷. Ele ainda ponderou que o excesso de prazo da prisão preventiva exigia o afastamento da medida.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, sustentou que “enquanto não desfeita a condenação pelo Júri, prevalece a decisão soberana do Júri”¹¹⁸. Logo, a ideia basilar do voto vencedor foi a de que, em respeito ao princípio constitucional da soberania do júri, a expedição de mandado de prisão anterior ao trânsito em julgado, ainda que não amparada pelas razões cautelares do Código de Processo Penal, não afronta a presunção de inocência.

No âmbito do HC n. 140.449/RJ¹¹⁹, também a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal repetiu, em novembro de 2018, tanto a discussão como a conclusão da matéria.

O objeto desse segundo HC consistia em uma sentença, proferida por um Tribunal do Júri, que condenava o réu por duas tentativas de homicídio triplamente qualificado à pena de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado. Todavia, mediante apelação do Ministério Público, em segunda instância, a Câmara Criminal, além de anular parcialmente o júri, fixou a sanção em 19 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e ainda determinou a execução provisória da pena.

Mais uma vez vencido, o Ministro Marco Aurélio de Mello elaborou voto no sentido de realçar que o princípio da não culpabilidade afasta a execução provisória da pena: “precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis”¹²⁰. E, ao longo de sua fundamentação, enfatizou a excepcionalidade da constrição antecipada, salientando sua aplicação apenas às hipóteses cautelares.

Por outro lado, o acórdão, com lastro no voto vencedor do redator Ministro Luís Roberto Barroso, novamente defendeu a prevalência do princípio da soberania dos veredictos

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 114.

¹²⁰ *Ibidem*.

do júri, inclusive afirmando o absurdo social que seria a impossibilidade de executar a pena logo após a condenação em primeira instância:

Em primeiro lugar - e já há mais de um precedente da Turma -, nas condenações pelo Tribunal do Júri, sequer é necessário aguardar o julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição, até porque o Júri é soberano e, conseqüentemente, o Tribunal de Justiça não tem como substituir a decisão do Júri. [...] Até porque imagino poucas coisas mais constrangedoras para a Justiça do que uma condenação pelo Tribunal do Júri, como acontecia regularmente, e depois o homicida, já reconhecido, saía livre do tribunal juntamente com a família da vítima, numa desmoralização para o sistema de Justiça Penal.¹²¹

Barroso ainda aproveitou a oportunidade para expor sua tese referente à execução da pena após a condenação em segundo grau – para além do âmbito do júri – segundo a qual “quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, a permanência do réu em liberdade, sem a concretização da sanção aplicada, é altamente lesiva à ordem pública e à credibilidade da Justiça”¹²².

Logo, em síntese, tanto no HC n. 118.770/SP como no HC n. 140.449/RJ, ambos citados por Sérgio Moro como base jurisprudencial na Exposição de Motivos do Pacote Anticrime, o Supremo Tribunal Federal manifestou o entendimento de que, no contexto do Tribunal do Júri, o princípio da soberania dos veredictos prevalece em face do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Após uma série de discussões no Congresso Nacional, o Poder Legislativo promoveu alterações no projeto inicial e, no que tange ao objeto desta pesquisa, determinou o acréscimo da exigência de que a sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri fosse igual ou superior a quinze anos de reclusão para fins de execução provisória. A justificativa para esse acréscimo não foi publicizada na proposta que alterou o dispositivo.

Realizado todo o trâmite constitucional, o Pacote Anticrime foi aprovado pelo Congresso Nacional e foi promulgada a Lei n. 13.964/2019¹²³.

Importa notar, por fim, que pouco depois da promulgação da Lei, uma Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) emitiu uma série de enunciados¹²⁴, posteriormente aprovados pelo Conselho Nacional de

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

¹²⁴ GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL. *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: < https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2023.

Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), a fim de auxiliar os membros do Ministério Público na interpretação dos termos da nova lei.

Dentre as diretivas, o Enunciado n. 37, único que faz referência ao artigo 492 do Código de Processo Penal, assim dispõe: “A execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri é constitucional, fundamentando-se no princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, c)”¹²⁵.

O entendimento desses órgãos do Ministério Público, portanto, segue a mesma linha de raciocínio já exposta acima e a indica como hermenêutica adequada aos membros da instituição – que são os responsáveis pela acusação e, conseqüentemente, por peticionar a execução imediata da pena caso esta não seja determinada de ofício, respeitadas as exceções legais.

3.2. OS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS NO BOJO DO RE N. 1.235.340/SC

Em paralelo a toda a discussão propriamente legislativa – e à positivação da nova possibilidade de execução provisória da pena no âmbito do júri – tramita no Supremo Tribunal Federal, desde setembro de 2019, o Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC¹²⁶, cujo objeto em repercussão geral – conforme já desenvolvido no Capítulo 1 – é: “à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução da pena imposta pelo Conselho de Sentença”¹²⁷.

Na hipótese desses autos, um réu foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Chapecó, em Santa Catarina, à pena de 26 anos e 8 meses de reclusão e de 1 ano de detenção, em regime inicial fechado, pelos crimes de feminicídio triplamente qualificado e posse irregular de arma de fogo. Logo na decisão em primeira instância, foi determinada a execução antecipada da sanção criminal:

Na sentença, o magistrado da causa negou ao réu o direito de recorrer em liberdade. O que fez “por se tratar de condenação proferida com base em decisão do Tribunal do Júri e por isso amparada pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, e por isso imune à recorribilidade plena.”¹²⁸

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 50.

¹²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

A defesa do réu então impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual não foi acolhido liminarmente pelas mesmas razões. Em face dessa denegatória, a defesa impetrou novo HC, agora no Superior Tribunal de Justiça.

O STJ, por meio de decisão monocrática do Ministro Nefi Cordeiro, deferiu a ordem e determinou a expedição de alvará de soltura do réu até o julgamento do mérito do *writ*. Com o indeferimento do *habeas corpus* em análise merital pelo TJSC, a defesa recorreu ao STJ – RHC 111.960/SC.

Sobreveio, então, a reforma da decisão, também por meio de decisão monocrática do Ministro Nefi Cordeiro, sob o fundamento – posteriormente acatado de forma unânime pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – de que, ausentes as justificativas cautelares da prisão preventiva e pendente o trânsito em julgado da condenação, a execução antecipada da pena é ilegal.

Irresignado, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs Recurso Extraordinário em face do acórdão supra e, conforme já mencionado, a relevância social e política da matéria levou o Ministro Relator a reconhecer, em outubro de 2019, a repercussão geral do caso – nestes termos:

Além de estar relacionada a direitos fundamentais de inegável interesse jurídico, a matéria possui repercussão geral sob os pontos de vista político, na medida em que envolve diretrizes de formulação da política criminal e mesmo de encarceramento, e social, pelos impactos negativos gerados pela sensação de impunidade gerada no meio social diante de condenações graves que, muitas vezes, não são efetivamente cumpridas.¹²⁹

No recurso, o MPSC suscitou os seguintes argumentos:

- (i) o acórdão recorrido violou o art. 5º, inciso XXXVII, “c”, da CF/88, tendo em vista que a imediata execução de condenação proferida pelo Tribunal do Júri decorre da soberania dos veredictos, sendo desnecessário aguardar a sua confirmação em grau de apelação;
- (ii) a decisão recorrida desconsiderou a interpretação conferida pela Primeira Turma desta Suprema Corte, na sessão de 07.03.2017, no julgamento do HC 118.770/SP, para o qual fui designado redator para o acórdão (Relator originário o Min. Marco Aurélio);
- (iii) o entendimento adotado no HC 118.770/SP está alinhado com o Tema 925 da repercussão geral (ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki), que passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação;
- (iv) não há razão para impedir a execução da pena aplicada pelo Júri, porquanto eventual interposição de apelação não possibilitará ao Tribunal a usurpação da soberania dos veredictos do conselho de sentença.¹³⁰

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

A Procuradoria-Geral da República, apresentada na figura do Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, elaborou parecer favorável ao provimento do recurso pela Corte, acatando os argumentos suscitados pelo *Parquet*.

Dando início ao julgamento virtual do caso, em 24 de abril de 2020, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso proferiu seu voto.

De pronto, Barroso indica ser favorável ao provimento do RE e, portanto, à manutenção da possibilidade de execução imediata da pena nas condenações do Tribunal do Júri. Seu primeiro argumento gira em torno das funções do Direito Penal no meio social e da maior relevância dos bens jurídicos por ele protegidos:

O direito penal representa importante mecanismo de pacificação social, caracterizado pela imposição das sanções mais drásticas do ordenamento jurídico. De outra parte, o direito penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos, sendo que um dos principais instrumentos de limitação desse poder punitivo está na própria definição dos valores jurídicos que serão especialmente protegidos pelo direito incriminador.¹³¹

Fazendo referência a uma obra de André Guilherme Tavares de Freitas, acerca da tutela penal de direitos humanos, o Ministro defende que a vida, a liberdade e a integridade física, por serem os bens jurídicos pilares da existência humana, merecem a guarida reforçada do Direito Penal – a qual perpassa a competência do Tribunal do Júri¹³².

Para enfatizar a relevância da vida como bem jurídico, o relator expõe dados relativos ao índice de homicídios de adolescentes no Brasil e ao contexto de violência que acomete o país, pontuando, inclusive, um déficit de proteção no âmbito do Judiciário.

Ressalta, assim, que mesmo a Constituição Federal de 1988 tendo determinado expressamente o imperativo de proteção à vida, e – no que tange aos crimes dolosos contra a vida – tendo previsto em cláusula pétrea a soberania dos veredictos no júri como uma das formas de concretizar tal postulado, a realidade demonstra um grave descompasso. Ele aponta a discrepância entre o número de casos reais e o número de casos que adentram o Judiciário como evidência de proteção insuficiente por parte do Estado.

A soberania dos veredictos surge no raciocínio, então, como um mecanismo constitucional a ser veementemente defendido, uma vez que, ao menos nas excepcionais ações penais que de fato são instauradas, trata-se de instrumento apto a alcançar uma solução justa –

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

posto que cidadã – e absoluta – posto que não passível de revisão material – para as afrontas ao direito à vida.

Muito embora reconheça, dentro das hipóteses legais, a possibilidade de o Conselho de Sentença ter seu veredicto anulado, o Ministro Barroso afirma que a imediata execução das decisões do júri pode garantir a efetividade da proteção à vida. E, ainda, chama a atenção para a raridade dos casos de posterior modificação das decisões condenatórias proferidas no âmbito do Tribunal do Júri:

Sendo assim, considerando o inexpressivo percentual de modificação das decisões condenatórias do Júri, tudo recomenda que se confira máxima efetividade à garantia constitucional da soberania dos veredictos do Júri, mediante a imediata execução das suas decisões. Notadamente porque as raríssimas situações de êxito das apelações da defesa resultam, quando muito, apenas o retorno do caso ao Tribunal do Júri para uma nova deliberação, não significando, portanto, absolvição do réu. Por esses fundamentos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 597 do Código de Processo Penal para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução imediata da pena depois da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, de modo a compatibilizá-lo com as exigências constitucionais de soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”) e de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal no caso de crimes dolosos contra a vida.¹³³

Para o Ministro, o baixo número de êxito dos recursos defensivos nas hipóteses de condenação pelo júri reforça a ideia de que o princípio da soberania dos veredictos deve implicar na exequibilidade imediata da pena de prisão, inclusive para conferir maior efetividade e credibilidade ao sistema de justiça criminal.

Ele argumenta, também, que tal entendimento não conflita com o que foi fixado pela Corte no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, já que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não obsta a análise de seu próprio sentido e alcance – em especial no que tange aos casos de competência do Tribunal do Júri (justamente por envolverem a cláusula pétrea de soberania dos veredictos).

Nos termos do Relator, a presunção de inocência, por se tratar de um princípio, pode ser ponderada em face de outros princípios eventualmente colidentes – como a soberania dos veredictos – e, assim, ser aplicada com maior ou menor intensidade.

No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Conselho de Sentença, e o Tribunal de segundo grau não pode substituir-se à deliberação dos jurados (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, “c”), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, caput

¹³³ *Ibidem.*

e LXXVIII, e 144), notadamente a vida humana. Noutros termos: interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais de especial relevância no quadro de valores constitucionais, tais como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Isso significa dizer que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.¹³⁴

Sob este prisma, segundo o voto do Barroso, também não há falar em incompatibilidade entre o princípio da soberania dos veredictos e o princípio do duplo grau de jurisdição, já que este possui natureza supralegal, enquanto aquele, além de ostentar natureza constitucional, volta-se especialmente à dinâmica do júri.

Não obstante, o raciocínio rechaça a existência de conflito entre os mencionados princípios ao afirmar que “não se está a negar a possibilidade de interposição de recurso ao condenado, mas apenas a se estabelecer que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri possui exequibilidade imediata”¹³⁵.

Para além dos argumentos já desenvolvidos, o Ministro ainda defende a redução do texto do novo artigo 492 do CPP de modo a excluir a limitação referente aos quinze anos de reclusão. Ele sustenta que, por força dos próprios termos da Constituição, a base normativa da execução imediata da pena é a soberania dos veredictos, e não o *quantum* de sanção estabelecido na sentença condenatória.

A ideia de restringir a execução imediata das deliberações do corpo de jurados ao quantum da resposta penal representa, em última análise, a relativização da própria soberania que a Constituição Federal conferiu aos veredictos do Tribunal popular. Se, de fato, são soberanas as decisões do Júri, não cabe à lei limitar a concretização e o alcance dessas mesmas deliberações. Limitar ou categorizar as decisões do Júri, além de contrariar a vontade objetiva da Constituição, caracteriza injustificável ofensa ao princípio da isonomia, conferindo tratamento diferenciado a pessoas submetidas a situações equivalentes.¹³⁶

O voto do relator, portanto, não só alega que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, como também propõe a retirada de qualquer limitação relativa ao total de pena aplicada – entendida, aqui, como fundamentalmente indevida.

Na conclusão, por fim, Barroso sintetiza o raciocínio argumentativo, decide pelo provimento do recurso e atenta:

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

No caso dos crimes dolosos contra a vida, mais notoriamente nos de homicídio, a celeridade da resposta penal é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover segurança jurídica, dar satisfação social e cumprir sua função de prevenção geral.¹³⁷

Na mesma sessão de julgamento, o Ministro Dias Toffoli proferiu voto acompanhando integralmente o relator.

Logo no início do voto vogal, Dias Toffoli se reporta ao entendimento por ele exarado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, segundo o qual o cumprimento imediato da pena após decisão do Tribunal do Júri não é incompatível com a tese geral de proibição de execução da prisão em segunda instância.

Isso porque, de acordo com seus fundamentos, diferentemente do que ocorre no âmbito geral do sistema criminal, o princípio constitucional da soberania dos veredictos, próprio da instituição do júri, confere à decisão dos jurados um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito. E, aludindo ao que defende Paulo Rangel, afirma que:

A verdade será aquela decidida pelos jurados, independentemente do que as partes possam alegar. Os jurados simbolizam a paz e a harmonia entre os homens, pois são os iguais decidindo o que os outros iguais querem para a sociedade. Os jurados simbolizam a verdade suprema e, por isso, suas decisões são soberanas.¹³⁸

O Ministro reconhece, todavia, que o princípio da soberania dos veredictos pode ser mitigado na prática, mas pontua que isso deve ocorrer tão somente nas hipóteses técnico-jurídicas excepcionais do artigo 593, inciso III do Código de Processo Penal¹³⁹.

Retomando a questão da violência já levantada por Barroso, ele ressalta o problema da impunidade e da credibilidade do Poder Judiciário e cita o caso de um homem que “foi condenado em 2019 a quase 100 anos de prisão e, ainda assim, saiu solto!”¹⁴⁰.

Na mesma linha, Dias Toffoli ainda reproduz trechos de outro voto que fazem menção à tragédia ocorrida na Boate Kiss. Nos excertos, ele chama a atenção para as decorrências do fato, para o impacto na vida das vítimas e de seus familiares, e para a ausência de sentença mesmo dez anos após o ocorrido.

Reforça, por fim, a tese proposta pelo relator, a saber: a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ RANGEL, 2012 *apud* BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

Também na primeira sessão de julgamento, o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto divergente, em que sustenta a vedação da execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri e, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP.

O Ministro inicia seu voto realçando a importância da instituição do júri para um processo penal democrático. Ele enfatiza a função dupla do julgamento por um corpo de jurados como direito-garantia ao réu e como garantia política e institucional da sociedade. E, embora reconheça a relevância das críticas à dinâmica do júri, especialmente no que tange à ausência de fundamentação do veredicto e aos padrões de perfis na seleção dos jurados, defende a sua existência e reafirma seu caráter democrático.

Em seguida, Gilmar Mendes discorre sobre as peculiaridades recursais no âmbito do Tribunal do Júri, destacando, inclusive, como tais aspectos demarcam “um espaço reduzido para cognição pelo Tribunal de 2º grau”¹⁴¹. Salienta, por outro lado, que essa cognição reduzida não esvazia a relevância do reexame que a apelação possibilita, já que não afasta a revisão da decisão, tanto em pontos formais quanto materiais, caso se reconheça que a decisão foi proferida em sentido manifestamente contrário à prova dos autos.

Nesse sentido, não se pode admitir que a execução da condenação proferida em primeiro grau (ainda que por Tribunal do Júri) se inicie sem que haja a possibilidade de uma revisão por Tribunal, de modo a assegurar o controle apto a limitar e, assim, legitimar a incidência do poder punitivo estatal.¹⁴²

O Ministro sustenta, assim, a necessidade de eventual reexame ocorrer em momento anterior à liberação dos efeitos da condenação, para que se preserve o direito de defesa e a presunção de inocência em face de medida tão gravosa e irreparável como é a pena de prisão.

Ao adentrar na discussão acerca da presunção de inocência, o voto traz a noção ontológica do princípio para argumentar a sua simbiose a todo e qualquer processo penal: “o princípio da culpabilidade é uma barreira constitucional contra a violência estatal sobre a esfera do indivíduo que não pode ser retirada do sistema penal, ao menos do sistema penal que pretende ser democrático”¹⁴³.

A presunção de inocência é suscitada, assim, como necessária contenção ao poder punitivo do Estado, sempre tendente ao abuso em razão das circunstâncias estruturais próprias do sistema penal. Em citação direta a Zaffaroni, Gilmar Mendes alega:

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ KAUFMANN, Arthur. Das Schuldprinzip, 1961. S. 15 f. *apud* BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.¹⁴⁴

Sob este prisma, o princípio ganha o contorno de direito fundamental a ser obrigatoriamente observado como regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo, nas linhas do devido processo legal – e não como norma ponderável. Assim, vedada qualquer equiparação do réu à condição de culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

E mais, o Ministro sustenta que não há qualquer motivo legítimo para que a proibição de execução antecipada da pena de prisão não seja aplicada aos condenados no âmbito do Tribunal do Júri. Isso porque, na sua visão, há que se fazer uma leitura constitucional do princípio da soberania dos veredictos, de modo a respeitar a literalidade da presunção de inocência, e, portanto, de modo a afastar a exequibilidade imediata da decisão formulada pelo Conselho de Sentença.

Ainda, Gilmar atenta para a distinção entre as prisões cautelares e a prisão-pena – enquanto esta, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada mediante o trânsito em julgado da condenação, aquelas, que nada têm a ver com a culpa do réu, mas sim com questões processuais e de ordem pública, podem ser autorizadas quando presentes seus requisitos fáticos.

O encarceramento, portanto, pode ocorrer em momento anterior, desde que presente ao menos uma das hipóteses cautelares do artigo 312 do CPP¹⁴⁵: conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública e da ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal. Logo, para ele, não há qualquer incompatibilidade entre a prisão cautelar e a presunção de inocência, diferentemente do que ocorre com a norma de execução imediata da prisão-pena.

Não obstante, o voto faz um adendo sobre a necessidade de as prisões cautelares estarem sempre lastreadas em elementos fáticos concretos, e não em meros argumentos abstratos ou clamores/comoções sociais, justamente por se tratarem de medidas excepcionais de constrição de liberdade.

Ainda assim, o Ministro abre margem para que seja considerado como elemento fático concreto, apto a ensejar prisão cautelar, a instrução probatória que indicar, de forma consistente,

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 15 *apud* BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹⁴⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

a autoria, a materialidade e o risco de reiteração criminosa. Significa dizer que, muito embora seja contrário à execução imediata da pena, ele enxerga as condenações em primeiro e segundo grau como uma progressiva fragilização da presunção de inocência – o que “é sem dúvidas relevante para eventual imposição e fundamentação de uma prisão preventiva”¹⁴⁶. Em suas palavras:

A produção e a verificação das provas ao longo do processo são relevantes ao menos em relação ao fundamento da medida cautelar, o *fumus commissi delicti*, ou seja, a existência de lastro probatório suficiente a demonstrar a plausibilidade da ocorrência do fato criminoso narrado e de sua autoria. Mas igualmente pode contribuir para assentar a gravidade concreta dos fatos ou elementos concretos que indiquem consistente risco de reiteração criminosa. Ou seja, o transcorrer do procedimento penal e as decisões proferidas pelos juízos de primeiro e segundo grau podem ser relevantes e fortalecer elementos para justificar legitimamente a imposição de uma prisão preventiva, desde que a partir de fundamentos compatíveis com a presunção de inocência e a jurisprudência deste Tribunal.¹⁴⁷

O voto então se encerra com a proposta da seguinte tese: a Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2. h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados¹⁴⁸.

Após pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, a sessão plenária de abril de 2020 foi encerrada.

O julgamento virtual foi retomado apenas em 28 de outubro de 2022, ocasião em que foram proferidos os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski e das Ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes reforça os fundamentos suscitados na decisão do Relator, em especial aqueles que tocam à essência do princípio da presunção de inocência e à sua natureza *juris tantum*.

Para ele, tal princípio, enquanto garantia processual penal, exerce quatro funções: limitar a atividade legislativa; fornecer baliza interpretativa; condicionar o tratamento processual e extraprocessual dado ao acusado; fixar o ônus probatório exclusivo do acusador. Sob este prisma, é dever do Poder Judiciário atentar ao cumprimento de tais funções e assegurar

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

uma instrução probatória sólida, pautada pelo devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Cumpridos tais termos, respeitada a presunção de inocência. Respeitada a presunção de inocência, nada impede a plena eficácia de outros princípios como a tutela judicial efetiva, o juízo natural e, no âmbito do júri, a soberania dos veredictos.

Em outras palavras, de acordo com Moraes, em uma leitura integrativa e harmonizada dos princípios constitucionais, desde que a análise de mérito da culpabilidade do infrator observe as finalidades e exigências probatórias da presunção de inocência, permite-se – sem qualquer afronta às normativas internacionais – a execução provisória de sentença penal condenatória (afastando a ideia de “congelamento de sua efetividade”¹⁴⁹).

O Ministro afirma que entendimento diverso implicaria em “atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta, na interpretação constitucional, o método da justeza ou conformidade funcional”¹⁵⁰.

No voto, ele ainda discorre sobre a relevância de uma tutela judicial efetiva, capaz de impedir a inefetividade da jurisdição penal causada por eventuais lapsos temporais entre a decisão condenatória e o seu trânsito em julgado.

Ao final, propõe a tese: “A prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, tendo em vista que as decisões por ele proferidas são soberanas”¹⁵¹.

O Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber, em contrapartida, decidiram acompanhar a divergência elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes.

A decisão de Lewandowski se inicia com uma reflexão sobre o caráter político da concreção de direitos positivados na Carta Magna. Para ele, a especulação teórica, por si só, não é capaz de afastar as ameaças à liberdade dos cidadãos e é dever das instituições enfrentar o problema de sua proteção.

A proteção dos direitos fundamentais não pode sofrer qualquer cerceamento, em especial em face do denominado “clamor público”, nem dobrar-se ao império dos fatos e das circunstâncias, eminentemente cambiantes por sua própria natureza. As normas constitucionais e legais que os abrigam, aos submeterem, indistintamente, todos os agentes estatais, operam como genuínos instrumentos de estabilização e de racionalização do exercício do poder político, sobretudo em ambientes tensionados, característicos das democracias plurais modernas. Assim é que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais, especialmente em favor daqueles que

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

são alvos da persecução penal por parte do Estado, deve compor a agenda permanente de todos os magistrados e, sobretudo, dos que integram esta Corte Suprema, incumbida, por força de sua destinação institucional, de zelar para que sejam rigorosamente respeitados, tal como concebidos pelo legislador constituinte, sem qualquer flexibilização¹⁵².

O Ministro argumenta que o princípio da presunção de inocência é, por escolha do Poder Constituinte originário, uma das principais barreiras de contenção ao poder punitivo estatal e, por isso, goza de caráter imperativo – “em relação ao qual não cabe qualquer tergiversação”¹⁵³.

A redação clara e objetiva do referido preceito constitucional, segundo Lewandowski, sequer abre margem para inflexões, menos ainda inflexões que autorizem interpretações *in malam partem* aos réus de processos penais, e tampouco há razões de ordem pública para tanto. Embora reconheça a boa intenção dos que sustentam a flexibilização do princípio, pois estes acreditam “que assim melhor contribuirão para evitar o crescente número de homicídios dolosos que perturba nossa harmonia social”¹⁵⁴, refuta o menosprezo à literalidade do texto expresso e critica a indignação seletiva dos magistrados.

Nem sempre, aliás, os zelosos magistrados emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos, cuja solução contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas¹⁵⁵.

Nada obstante, aduz que as competências constitucionais do Tribunal do Júri, por mais legítimas e democráticas que sejam, não constituem poder incontestável e ilimitado sobre a liberdade dos que enfrentarão sua jurisdição, de modo que a soberania dos veredictos não se confunde com soberania de Estado.

Nesse sentido, Lewandowski sustenta a inconstitucionalidade da inovação normativa sob análise, tanto por entender que ela implica em violação aos princípios da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição como em razão de violar, por meio da previsão de quinze anos de reclusão como critério determinante, o direito fundamental da individualização da pena. Assim, adere integralmente à tese proposta por Gilmar Mendes.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

A Ministra Rosa Weber, seguindo a mesma linha de raciocínio, atenta para o caráter constitutivo das interpretações normativas e, por isso, defende:

A interpretação não pode negar o texto nem afastá-lo atribuindo-lhe sentidos acaso tradutores do desejo do intérprete, por mais louváveis que sejam as crenças políticas, éticas ou ideológicas a animarem esse desejo, por melhores que sejam as intenções. Não há como evitar o significado dos símbolos gráficos marcados com tinta sobre o papel, ou dos padrões desenhados com pontos de luz na tela. Se a garantia é assegurada, não há como interpretá-la como se não existisse¹⁵⁶.

Para ela, não podem os magistrados ultrapassar limites linguísticos e afrontar o quadrante hermenêutico que os textos normativos, pelas mais diversas razões, estabelecem. E, no caso, o Constituinte de 1988 consagrou expressamente sua vontade política, determinando, “quer se goste, ou não”¹⁵⁷, o marco temporal do trânsito em julgado.

Essa [é] a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que talvez gostaria o intérprete que dissesse. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor¹⁵⁸.

Rosa Weber, ainda, sustenta que a soberania dos veredictos sequer enseja imposição de execução provisória da pena, mas apenas se traduz como a impossibilidade de substituição, por parte dos tribunais recursais, da decisão quanto aos fatos formulada pelos jurados. Por tais fundamentos, acompanha também a divergência de Gilmar Mendes.

No que tange ao voto da Ministra Carmen Lúcia, não consta o seu teor na página oficial do Supremo Tribunal Federal, mas cabe pontuar que esta decidiu por acompanhar o entendimento do Relator.

Após pedido de vista do Ministro André Mendonça, a sessão plenária de outubro de 2022 foi encerrada, vindo a ser retomada apenas em 30 de junho de 2023. Nesta sessão virtual, os Ministros André Mendonça e Edson Fachin proferiram seus votos.

O primeiro, em decisão sucinta, acompanha integralmente o voto do Relator, anuindo à tese de julgamento por este fixada. O segundo, por outro lado, abre divergência tanto do entendimento da relatoria como do entendimento – também divergente – elaborado pelo Ministro Gilmar Mendes e corroborado por Lewandowski e Rosa Weber.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Edson Fachin, embora adote solução diversa, sustenta – como a maioria de seus pares – que o princípio da presunção de inocência comporta restrições quando ponderado com instrumentos de proteção de outros bens jurídicos. Ele pontua, todavia, que o Poder Legislativo tem papel fundamental na consolidação dos sentidos que são conferidos a cada princípio normativo, inclusive a presunção de inocência e a soberania dos veredictos e, por isso, é responsável por definir seus contornos de aplicação.

Nesse sentido, defende a deferência judicial ao que definiu o Congresso Nacional sobre o tema, no âmbito do aprovado Pacote Anticrime – ou seja, mantida a possibilidade de execução imediata da pena nas condenações do Tribunal do Júri e mantido o critério de quinze anos de reclusão:

Talvez possa ser considerada arbitrária a escolha do referido parâmetro numérico para fixar a medida. Todavia, a reprovação da decisão legislativa exige demasiado esforço para afastar a constitucionalidade da legislação. Por ora, presumo que o legislador tenha considerado que condenação que receba reprimenda a partir daquele quantitativo, decorra de conduta criminosa qualificada por gravidade acentuada, em tese, fundamento para a escolha do critério, o qual não o vejo como desarrazoado.¹⁵⁹

O Ministro argumenta que a inovação normativa é fruto de opção legítima do Legislativo e não contraria os termos da Constituição, mas apenas atribui densidade às previsões relativas ao Tribunal do Júri, “texto de mesma envergadura do princípio da presunção de inocência, portanto, com condições para estabelecer algum nível de restrição a este”¹⁶⁰.

Reconhece, assim, a constitucionalidade da execução imediata das penas fixadas acima de quinze anos no âmbito do júri.

Ao final da sessão, o Ministro Gilmar Mendes pediu destaque no plenário virtual para que o julgamento passasse a ocorrer de forma presencial e para que fossem anulados os votos já proferidos. Por ora, o processo se encontra concluso ao Relator, a ser incluído em pauta.

Importa pontuar que, em março de 2022, o Superior Tribunal de Justiça determinou que, “enquanto pendente de julgamento no STF o Tema n. 1.068, [...] deve ser reafirmado o entendimento do STJ de impossibilidade de execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo tribunal do júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão”¹⁶¹. Por ora, eis a atual orientação da referida Corte.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 714.884-SP – Informativo n. 730*. Relator: Ministro Jesuíno Rissato. Relator do Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, por maioria, julgado em 15/03/2022, DJe 24/03/2022. Brasília. Informativo. Disponível em: <

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA TEORIA DA RPM

O presente capítulo se volta à análise do objeto de pesquisa sob a lente do quadro teórico. Ele explora os já apresentados argumentos que envolvem a introdução normativa do artigo 492, inciso I, alínea “e” do CPP¹⁶², de forma a delinear em que medida tais retóricas reativam premissas da Racionalidade Penal Moderna.

Como já explicitado no subcapítulo 2.4, a operacionalização da teoria na análise do material empírico se pauta pela seleção de sentidos que correspondem, de alguma forma, às ideias que constituem o sistema de pensamento da RPM conforme a classificação de Garcia¹⁶³: proporcionalidade, proteção da sociedade, última *ratio*, gravidade, dissuasão, igualdade etc.

4.1. ARGUMENTOS EM FOCO: UM OLHAR SOBRE AS RETÓRICAS POR TRÁS DA INOVAÇÃO NORMATIVA

Primeiro, no que tange à retórica desenvolvida no âmbito da Exposição de Motivos do Pacote Anticrime¹⁶⁴, há que se tecer algumas considerações.

Em sede de razões gerais das alterações ali propostas, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública pondera, diversas vezes, sobre o contexto de insegurança social que, segundo ele, acomete o Estado brasileiro como nunca. O documento suscita a gravidade da criminalidade no país e argumenta que a legislação vigente não atende às necessidades de proteção social atuais, razão pela qual propõe, então, as reformas ali elencadas.

Conforme explicado no Capítulo 2, a Teoria da RPM não rechaça a mera constatação de problemas sociais graves, tampouco a apresentação de soluções penais possíveis a tais problemas, mas rechaça, sim, a tradição ocidental moderna de naturalizar a existência de uma relação intrínseca e obrigatória entre problemas sociais graves e sanções criminais pautadas por inflição de sofrimento, bem como as consequências práticas e epistemológicas dessa naturalização.

A partir disso, é possível afirmar que nem todas as reformas propostas no Pacote Anticrime se chocam com os argumentos da Teoria da RPM ou reativam suas premissas. Há, todavia, algumas asserções que atravessam, em maior ou menor grau, a mencionada

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0730.cod>. >. Acesso em: 28 jul. 2023.

¹⁶² BRASIL, *op. cit.* nota 5.

¹⁶³ GARCIA, *op. cit.*

¹⁶⁴ MORO, *op. cit.*

naturalização da imposição de sofrimento como única forma de se alcançar justiça e ordem social.

Apenas a título de exemplo, na parte geral, a citação à Fernanda Regina Vilares para reforçar a necessidade da aplicação adequada das normas de garantia na persecução penal, por si só, não suscita qualquer embate ou tensão com o que argumenta a Teoria da RPM. Por outra via, ao afirmar que algumas alterações visam a conferir maior proteção legal a agentes policiais, pois, em sua atuação, “é comum [...] que não tenham possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes”¹⁶⁵, a Exposição de Motivos adota a visão do criminoso como um inimigo social a ser diferenciado pelos agentes – trata-se da mesma visão que perpassa a construção histórica da racionalidade penal moderna e que legitima, entre outras coisas, a hegemonia da pena de prisão.

A bandeira do combate à criminalidade, em especial do combate à corrupção, aparece muitas vezes atrelada à ideia de que a extensão do aparato punitivo estatal, via recrudescimento das leis e agilização do processo, é o único meio apto a alcançar a proteção social necessária – a tão enfatizada segurança pública.

Quanto à introdução normativa da possibilidade de execução imediata da pena no Tribunal do Júri, o documento se remete ao entendimento exposto nos julgamentos do HC n. 118.770/SP¹⁶⁶ e do HC n. 140.449/RJ¹⁶⁷ pelo STF. Significa dizer que ele faz uso indireto do raciocínio argumentativo que foi desenvolvido no bojo dos mencionados processos e que já foi explicitado no subcapítulo 3.1.

A gravidade dos crimes de competência do júri é levantada como fundamento para o tratamento diferenciado e para a exequibilidade imediata das decisões condenatórias do Conselho de Sentença, blindadas pelo princípio da soberania dos veredictos.

Destrinchando o raciocínio declarado na Exposição, é possível extrair o seguinte encadeamento de ideias: os crimes dolosos contra a vida são os tipos penais socialmente mais graves – porque são delitos que violam o bem jurídico mais socialmente valioso: a vida – e, em razão disso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, especificamente para eles, um regime processual penal diferenciado, cuja dinâmica envolve a composição de um júri popular e a soberania de seus veredictos (dada a sua natureza essencialmente democrática), o que autoriza a mitigação da literalidade da presunção de inocência e, assim, legitima a exequibilidade imediata da decisão criminal condenatória.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ BRASIL, *op. cit.* nota 113.

¹⁶⁷ BRASIL, *op. cit.* nota 114.

O que não está expresso, porém, mas resta subentendido nas entrelinhas por força do próprio texto legal, é que a decisão criminal condenatória no âmbito do Tribunal do Júri implica, necessariamente, na imposição *a priori* de pena privativa de liberdade. Isso porque todos os tipos penais de competência dessa instituição prescrevem normas sancionatórias de reclusão ou detenção.

Em termos práticos, o Pacote Anticrime procurou, por meio dessa introdução normativa, positivar no ordenamento jurídico uma possibilidade já aventada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a antecipação da execução da sanção penal condenatória no âmbito do Tribunal do Júri. Vale ressaltar, não se trata de hipótese de antecipação da pena de prisão por razões cautelares e preventivas, na forma do artigo 312 do CPP¹⁶⁸, mas sim de antecipação dos efeitos sancionatórios da própria decisão condenatória.

A construção argumentativa ali presente, com o fito de justificar a inovação, atrela diferentes ideias entre si: contexto de gravidade delitiva, proporcionalidade, última *ratio* e proteção social. A tais ideias, atribui sentidos específicos, também concatenados entre si.

De plano, as altas taxas de criminalidade – relativas ao bem jurídico “vida” – são suscitadas como um clamor por respostas estatais eficazes, as quais correspondem, no documento, a respostas estatais – severas e céleres – de cunho penal. Isso porque a última *ratio* assume o sentido de critério ou para afastar completamente a incidência da dimensão punitiva do Direito Penal ou aplicá-la com a máxima força. E, sob este prisma, a gravidade das violações ao bem jurídico “vida” (eleito pelo Estado brasileiro como socialmente relevante), mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, legitima a incidência do braço punitivo estatal (em respeito à ideia tradicional de última *ratio*).

No mesmo sentido, a noção de proteção social – ao menos no que tange à inovação normativa sob análise – corresponde à aplicação mais rápida possível da pena de prisão. Assim, segurança pública e justiça são ideias mobilizadas de forma a corresponder a objetivos necessariamente vinculados a uma aplicação ágil e efetiva da pena de prisão.

A segurança pública é enfatizada como determinante no processo penal casuístico e a sua mobilização na Exposição de Motivos reforça uma ideia que tem ganhado força nas Cortes Superiores: a proibição de proteção social deficiente/insuficiente como forma de autorizar a rigidez e extensão do aparato punitivo.

Em última análise, o contexto de altos índices delitivos legitima, ao fim e ao cabo, a aplicação rápida e ágil da pena de prisão. O ideário de justiça, assim, assume a forma de

¹⁶⁸ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

aplicação intensa e célere da norma sancionatória criminal de exclusão social em processos penais concretos e individuais.

Note-se que a soberania dos veredictos surge na argumentação para reforçar a legitimidade da introdução normativa e, especialmente, para afastar o princípio que é capaz de interferir na celeridade da imposição da pena criminal.

Em ambos os citados *habeas corpus* julgados pelo STF, aos quais a Exposição de Motivos se refere, a retórica é a mesma. O princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade é interpretado – pela maioria dos Ministros que julgaram os casos – como norma, além de ponderável, passível de ter sua literalidade mitigada quando em face do princípio da soberania dos veredictos.

A Constituição de 1988, de fato, realizou uma pré-seleção política de sentidos ao prever a dinâmica diferenciada do Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos como garantia fundamental. O próprio texto constitucional delimitou os bens jurídicos sociais que seriam de competência dessa instituição, enfatizando a sua relevância, e prescreveu ao menos um esboço de seu regime específico.

Significa dizer que a Carta Magna, de fato, delineou um quadro de aplicação e regência de normas específicas, voltadas a delitos específicos, ao qual os juristas brasileiros estão vinculados, ao menos enquanto perdurar sua vigência.

Ocorre que a própria Constituição, ao dispor sobre o Tribunal do Júri em seu artigo 5º, inciso XXXVIII¹⁶⁹, limitou-se a mencionar as garantias da instituição, sem traçar seus efeitos jurídicos específicos – o que, por vontade mesma do Poder Constituinte Originário, ficou a cargo de lei a ser editada sobre o tema. Logo, é o Código de Processo Penal o texto normativo que, em seu Livro II, Título I, Capítulo II, traz as nuances de aplicação e os efeitos práticos de tais garantias.

No que tange ao princípio da soberania dos veredictos, foi apenas com o Pacote Anticrime que essa garantia ganhou – de forma positivada no ordenamento jurídico – o contorno prático de tornar imediatamente exequível a decisão do Conselho de Sentença (respeitado o limite temporal da sanção que prevê o dispositivo tal como foi promulgado). Pelos limites legais literais, antes da vigência da Lei n. 13.964/2019¹⁷⁰, a consequência primordial da soberania dos veredictos era tão somente a de impedir, em regra, a reforma material da decisão dos jurados.

¹⁶⁹ BRASIL, *op. cit.* nota 3.

¹⁷⁰ BRASIL, *op. cit.* nota 20.

A exequibilidade imediata da decisão do júri não tem previsão constitucional e é um efeito com origem em uma específica seleção de sentido conferido ao princípio da soberania dos veredictos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial nos julgamentos do HC n. 118.770/SP¹⁷¹ e do HC n. 140.449/RJ¹⁷².

Nos julgados, os votos vencedores entenderam a soberania dos veredictos como princípio constitucional apto a viabilizar que as decisões do Conselho de Sentença surtam todos os seus efeitos logo em primeira instância, ainda que não estejam amparadas por razões cautelares concretas. Ao mesmo tempo que a exequibilidade imediata das decisões do júri foi vista como corolário do princípio da soberania, a presunção de inocência ganhou o contorno cognitivo de norma mais fraca quando confrontada com este.

Apesar da literalidade da exigência de trânsito em julgado da sentença condenatória para fins de reconhecimento definitivo de culpa – o que também foi uma escolha política de sentido do Poder Constituinte Originário – na forma do artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88¹⁷³, boa parte da doutrina e jurisprudência (tal como fizeram os Ministros com votos vencedores em ambos os casos) concebe tal norma como ponderável e enxerga um conflito entre ela e a soberania do júri, conflito este a ser dirimido com a prevalência da especialidade desta sobre aquela.

Ocorre que o conflito entre normas sequer existiria se a ideia de exequibilidade imediata da decisão do júri não fizesse parte do sentido que foi atrelado ao princípio da soberania dos veredictos por esses próprios juristas. É dizer que a simples impossibilidade de reforma material da decisão do Conselho de Sentença, como principal efeito da garantia da soberania, não apresenta qualquer ameaça à presunção de inocência (tal como positivada na Constituição de 1988¹⁷⁴ e no Código de Processo Penal¹⁷⁵). É apenas quando ganha o contorno de viabilizar a execução imediata da condenação que a soberania dos veredictos se posta à frente da não culpabilidade – e, segundo tais juristas, ganha esse páreo. Resta analisar o que embasa a seleção de tais sentidos.

No HC n. 118.770/SP¹⁷⁶, o juízo de primeiro grau fundamentou a prisão em primeira instância na ideia genérica de preservação da ordem pública – a qual está diretamente ligada à representação da pena de prisão como instrumento de proteção da sociedade. Ressalte-se que a

¹⁷¹ BRASIL, *op. cit.* nota 113.

¹⁷² BRASIL, *op. cit.* nota 114.

¹⁷³ BRASIL, *op. cit.* nota 3.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

¹⁷⁶ BRASIL, *op. cit.* nota 113.

decisão não trouxe elementos fáticos concretos hábeis a fundamentar a prisão cautelar/preventiva do réu, mas apenas encadeou as noções de hediondez da infração (gravidade do delito), garantia da ordem pública (proteção da sociedade) e sentença condenatória em 1º grau (legitimação do dever de punir via última *ratio*), como forma de sustentar a execução imediata da sanção criminal. O entendimento foi mantido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar do voto divergente do relator (no sentido de rechaçar a antecipação da culpa), sob o argumento de prevalência da vontade soberana do júri.

No HC n. 140.449/RJ¹⁷⁷, a Primeira Turma da Corte repetiu a *ratio decidendi* atentando, inclusive, conforme trecho transcrito no capítulo anterior, para o quão “constrangedor” e “desmoralizante” seria, para a Justiça Judiciária Penal, permitir que “o condenado saia livre do Tribunal juntamente com a família da vítima”¹⁷⁸. O trecho evidencia, em seus próprios termos, a carga moral da aplicação da pena de prisão e o dever pragmático de punir, de forma ágil e efetiva (com a devida infligência de sofrimento), como meio único de se fazer justiça – perante a vítima, seus familiares e toda a sociedade.

As noções de ordem pública e credibilidade da Justiça são suscitadas para justificar o mais rápido possível recolhimento do réu à prisão, uma vez que a sua liberdade, a partir da condenação pelo júri, é vista como “altamente lesiva”¹⁷⁹ a tais noções. Neste ponto, as premissas da racionalidade penal moderna confluem: a proteção da sociedade (em abstrato) e a sensação (também abstrata) de concretização da justiça dependem inteiramente da obrigatória imposição de sofrimento ao condenado (que, neste caso, deve ser severa, posto que proporcional à gravidade do delito por ele cometido).

Em ambos os casos, os votos vencedores mobilizam os ideais que compõem o manto da racionalidade penal moderna, e que atravessam as teorias tradicionais da pena, para justificar a necessidade de aplicação célere da sanção prisão e, em última análise, legitimar sua hegemonia, ainda que sob o escudo da soberania dos veredictos – pois a este princípio é conferido um sentido que permite tal retórica.

Os votos vencidos, por sua vez, ambos do Ministro Marco Aurélio de Mello, são mais cautelosos quanto à literalidade da garantia de presunção de inocência, argumentando se tratar de regra incontornável, com exceções legais limitadas às hipóteses cautelares, e atribuindo sentido mais contido à soberania dos veredictos, embora passem ao largo de uma discussão mais disruptiva sobre o tema. É dizer que, nas ocasiões dos referidos processos, os votos

¹⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 114.

¹⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁹ *Ibidem.*

vencidos não mobilizaram a retórica do ideário punitivo moderno, mas também não refutaram diretamente seus pilares – ainda assim, é possível afirmar que a defesa intransigente da garantia da presunção de inocência é muito relevante e se aproxima da Teoria da RPM no combate, por ora mais factível, a um punitivismo excessivo.

4.2. ARGUMENTOS EM FOCO: UM OLHAR SOBRE AS RETÓRICAS PRESENTES NO RE N. 1.235.340/SC

Apesar de a Exposição de Motivos do Pacote Anticrime¹⁸⁰ se limitar a fundamentar a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e” do CPP¹⁸¹ na jurisprudência supracitada, fato é que o debate perpassa, conforme já explicado, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC¹⁸² no Supremo Tribunal Federal e os raciocínios argumentativos ali construídos até o momento.

Na hipótese desses autos, o juízo de primeiro grau negou ao réu o direito de recorrer em liberdade com base na soberania dos veredictos, seguindo o entendimento dos julgados anteriores. Como já narrado, a decisão foi reformada pelo STJ sob o argumento de que a execução antecipada da sanção penal, não amparada pelos requisitos cautelares, é ilegal (no mesmo sentido dos votos vencidos proferidos nos julgados anteriores).

Ao chegar no STF via Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público, a discussão novamente dividiu opiniões e, portanto, ramificou-se em construções argumentativas diferentes entre si. Embora o processo ainda esteja em trâmite e agora pendente de julgamento presencial em plenário (devido ao destaque realizado pelo Ministro Gilmar Mendes), a maioria dos Ministros já apresentou suas teses nas sessões virtuais – as quais foram exploradas no subcapítulo 3.2.

Em síntese, os Ministros se dividiram em três correntes argumentativas: a primeira, formada pelo relator Luís Roberto Barroso e pelos que acompanharam seu voto, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia e André Mendonça, é favorável à execução imediata da pena no Tribunal do Júri independentemente do *quantum* de pena cominado na condenação, e, portanto, entende ser parcialmente constitucional a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁸³, ressalvado o trecho do limite temporal; a segunda, capitaneada pelo voto

¹⁸⁰ MORO, *op. cit.*

¹⁸¹ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

¹⁸² BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹⁸³ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

divergente do Gilmar Mendes e composta pelos pares que o acompanharam, a saber, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, é contrária à possibilidade de execução imediata da pena no Tribunal do Júri e, portanto, entende ser inconstitucional a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁸⁴; e a terceira, formada apenas por Edson Fachin, é favorável à execução imediata da pena no Tribunal do Júri tal como prevê a nova redação do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁸⁵, ou seja, respeitado o limite temporal disposto pelo Poder Legislativo, entendendo a norma como plenamente constitucional.

No que tange à primeira corrente, o voto com maior proeminência retórica, até por razões técnico-jurídicas, é o do relator do processo, Luís Roberto Barroso. De plano, o Ministro apresenta a representação que possui do Direito Penal como “importante mecanismo de pacificação social”¹⁸⁶ e, logo em seguida, suscita a ideia de última *ratio* para justificar a necessidade de proteção reforçada de alguns bens jurídicos específicos, como a vida, a liberdade e a integridade física.

Ele enxerga a limitação do poder punitivo justamente na linha de definição dos valores jurídicos eleitos a receberem guarida do direito incriminador. Trata-se do sentido atribuído à noção de última *ratio*, que legitima a severidade das sanções penais.

Ainda, ao trazer, em ato contínuo, uma série de dados relativos ao índice de homicídios de adolescentes no Brasil e ao contexto de violência que acomete o país, Barroso aponta como concausa um déficit de proteção no âmbito do Judiciário. De fato, é possível afirmar que as altas taxas de violência e criminalidade no Brasil são fortes evidências de que o Estado tem falhado em garantir a materialização dos direitos fundamentais elencados na Constituição, além dos tantos outros direitos humanos presentes nos mais diversos Tratados Internacionais ratificados pelo país.

Ocorre que o voto leva a crer que há uma correspondência entre proteção insuficiente do Estado e déficit de proteção no âmbito jurídico-penal. Embora os dados indiquem, realmente, um descompasso entre o número de casos reais de violência e o número de casos que efetivamente adentram o Judiciário, o déficit de proteção de direitos fundamentais não equivale, tampouco se limita, ao âmbito jurídico-penal. É especialmente nessa sutil correspondência que se naturaliza o ideal de justiça judiciária penal como panaceia de todos os males.

E não é a primeira vez que o princípio da vedação de proteção deficiente (fruto primordialmente de construção doutrinária e jurisprudencial) é suscitado como argumento para

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

a extensão do aparato punitivo penal em casos emblemáticos da Corte. A título de exemplo, o mesmo princípio foi mobilizado como determinante no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26¹⁸⁷ e do Mandado de Injunção (MI) 4733¹⁸⁸, referentes à chamada “criminalização da LGBTfobia” no STF.

Como dito anteriormente, não há qualquer problema em se reconhecer problemas sociais graves e apontar soluções – ainda que, por vezes, penais – a eles, mas o obstáculo epistemológico que a racionalidade penal moderna impõe ao sistema jurídico se evidencia quando tais soluções se conectam inexoravelmente à imposição de sofrimento em casos concretos individuais.

Quando Barroso afirma que a imediata execução das decisões do júri pode garantir a efetividade da proteção à vida, a pena de prisão assume a representação de único instrumento capaz de concretizar a verdadeira justiça e garantir a proteção social – ainda que os problemas sociais por ele levantados tenham caráter profundamente estrutural.

A efetividade e a credibilidade do sistema de justiça criminal são novamente mobilizadas (assim como nos HCs anteriormente mencionados) como ideais a serem alcançados via agilidade na aplicação da pena de prisão no âmbito do Tribunal do Júri – tudo a partir de um sentido específico atribuído ao princípio da soberania dos veredictos.

A garantia da presunção de inocência é, assim, afastada dos termos literais escolhidos pelo Poder Constituinte Originário, perdendo, portanto, sua força de principal limitadora do poder punitivo do Estado. Prevalece, sob este prisma, o ideário de justiça tal como legado pela racionalidade penal moderna até os dias atuais.

Não obstante, o relator aponta a inconstitucionalidade da parte do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁸⁹, que diz respeito ao *quantum* de sanção estabelecido na sentença condenatória, uma vez que entende que a base normativa da execução imediata da pena é a soberania dos veredictos e esta não comporta limitações relativas ao total de pena aplicada. Cabe notar que esse ponto do voto demonstra o quão importante é a seleção do sentido conferido à soberania dos veredictos e como ele não é um dado natural, mas sim uma escolha epistemológica.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 - Processo n. 9996923-64.2013.1.00.0000*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> >. Acesso em: 20 dez. 2023.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) 4733 - Processo n. 9942814-37.2012.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> >. Acesso em: 20 dez. 2023.

¹⁸⁹ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

Por certo, a Constituição e o Código de Processo Penal nada dizem, no que toca ao princípio da soberania dos veredictos, acerca de qualquer limitação de seus efeitos com base no *quantum* de sanção estabelecido pelo Tribunal do Júri. Mas também nada dizem quanto ao próprio efeito de execução imediata da pena. É tudo uma questão do sentido que se adota na aplicação do princípio.

Na hipótese, o sentido acolhido pelo relator reativa as premissas da racionalidade penal moderna, em especial quando afirma, conforme já transcrito, que nos casos de competência do júri, a celeridade da resposta penal – leia-se, execução provisória da pena privativa de liberdade – é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover prevenção geral, segurança jurídica e dar satisfação social.

Os Ministros que acompanharam o relator proferiram votos relativamente parecidos, adotando a mesma interpretação da soberania dos veredictos e reforçando, no âmbito do Tribunal do Júri, a prevalência dessa norma quando confrontada com a literalidade da presunção de inocência.

Dentre eles, Dias Toffoli, em seu voto vogal, reproduz a ideia, tão cara à RPM, de que deixar um homem condenado a quase 100 anos de prisão, em primeira instância, sair solto da audiência, equivale a uma espécie de impunidade e fere a credibilidade do Poder Judiciário. E mesmo quando cita o caso da Boate Kiss e os impactos sofridos pelas vítimas e familiares, sob seu voto paira a visão de justiça necessariamente vinculada à imposição efetiva de sofrimento aos infratores – própria do ideário punitivo moderno.

Note-se que a preocupação com as vítimas e seus familiares, tanto no que tange aos impactos pragmáticos como no que tange aos seus desejos e representações acerca da solução do conflito, apesar de sua extrema relevância, é um fator excluído da dinâmica processual penal desde que esta recebeu seus moldes pré-clássicos. A partir do momento em que determinadas ofensas a bens jurídicos ganharam o contorno de infração contra o Poder Soberano (e, posteriormente, com o paradigma contratualista, de infração contra o corpo social), o Estado, por meio da figura do procurador, passou a confiscar os conflitos particulares e, como parte simbolicamente lesada, passou a exigir a obrigação moral e política de punir o infrator, independentemente da vontade real da vítima direta do delito¹⁹⁰.

Tanto é assim que, em regra, vítimas não punitivas, dispostas a solucionar conflitos via justiça restaurativa, por exemplo, têm seus desejos desconsiderados em face do imperativo das ações públicas incondicionadas.

¹⁹⁰ DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, *op. cit.*

Significa dizer que, de fato, impactos na vida das vítimas e de seus familiares, suas vontades e desejos, devem ser levados em conta na análise jurídica, inclusive para aproximar o direito à realidade fática do conflito – e o Ministro Dias Toffoli acerta ao chamar a atenção para esse fator. Mas é justamente a visão de justiça judiciária tradicional, ora questionada, que legitima a exclusão dessas vítimas/familiares do processo e que obstaculiza a reflexão para além da inflição de sofrimento.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, embora reforce os argumentos dos colegas da primeira corrente, desenvolve mais detalhadamente o que entende por presunção de inocência. No desenrolar do voto, aponta relevantes funções do princípio, mas o limita, na prática, à garantia de uma instrução probatória sólida, pautada pelo devido processo legal, ampla defesa e contraditório – incapaz, portanto, de neutralizar o suposto efeito de execução imediata da pena atrelado à soberania dos veredictos.

De acordo com seu raciocínio, respeitadas as funções processuais da presunção de inocência e garantida uma sólida instrução probatória, nada impede a plena eficácia de princípios como a tutela judicial efetiva, o juízo natural e a soberania dos veredictos. Ocorre que a plena eficácia desses princípios, aqui, corresponde à possibilidade de execução imediata da pena. Em especial o princípio da efetiva tutela jurisdicional, de forma subliminar e direta, equivale à aplicação ágil da pena de prisão.

Com relação aos demais Ministros da primeira corrente, Carmen Lúcia e André Mendonça, conforme já esclarecido anteriormente, não consta o teor do voto da Ministra na página oficial do Supremo Tribunal Federal – o que impede a análise deste – e o voto do Ministro apenas anuiu à tese de julgamento elaborada pelo relator – sem trazer qualquer construção argumentativa passível de análise.

Já quanto à segunda corrente argumentativa, a retórica mais proeminente se encontra no voto do Ministro Gilmar Mendes, que abriu divergência ao voto do relator. Em contraponto à primeira corrente, ele ressalta a relevância da revisão em segunda instância – ainda que tenha espaço reduzido para cognição no âmbito do júri – na salvaguarda de um controle apto a limitar e legitimar a incidência do poder punitivo estatal.

Ao reconhecer como gravosa e irreparável a pena de prisão, o Ministro entende que a liberação dos efeitos da condenação só pode ocorrer mediante o trânsito em julgado da sentença, em respeito à literalidade da presunção de inocência.

Por si só, tais argumentos não reforçam propriamente uma equivalência entre tutela judicial efetiva e rápida aplicação da pena, mas também não questionam a obrigação de punir

e, em certa medida, até reproduzem a noção tradicional de última *ratio*. O dever de infligir sofrimento ao infrator, ao menos quando definitivamente culpado, permanece intocado.

Por outro lado, ao levantar a bandeira da presunção de inocência como barreira necessária de contenção ao poder punitivo estatal, principalmente em razão de este tender a abusos provocados pela própria estrutura do sistema penal, Gilmar Mendes tangencia a crítica epistemológica ora proposta. Ocorre que a atribuição deste sentido à presunção de inocência, embora o aproxime das provocações desenvolvidas por Álvaro Pires no bojo da Teoria da RPM, apenas reduz o voto à defesa dessa garantia como norma não ponderável.

Tal conclusão fica mais clara quando o Ministro, mesmo depois de distinguir completamente os conceitos de prisão cautelar e prisão-pena, admite que a hipótese preventiva seja lastreada nas condenações em primeiro e segundo grau, uma vez que as enxerga como uma “progressiva fragilização da presunção de inocência”¹⁹¹. Significa dizer que ele realiza uma manobra interpretativa um tanto interessante: apesar de não adotar o sentido de soberania dos veredictos que lhe confere o efeito de execução imediata da sanção, ele reconhece as funções retributiva e preventiva da pena e, ainda, admite que a prisão cautelar – medida que envolve a ideia de privação de liberdade para fins de contenção – tenha como um dos fundamentos a condenação pelo Conselho de Sentença.

É possível afirmar que essa ponderação final elaborada por Gilmar Mendes ameniza um pouco o tom da divergência, já que abre margem para um encarceramento precoce pelo mesmo motivo antes refutado – embora com roupagem hermenêutica em tese mais compatível com a literalidade do princípio da presunção de inocência.

De uma forma ou de outra, as naturalizações epistemológicas já aventadas seguem intocadas, aparentemente alheias a todo o debate jurídico travado pelos Ministros no processo em questão.

Acompanhando a divergência mencionada, Ricardo Lewandowski reforça o entendimento de que a presunção de inocência, por força da própria literalidade definida pelo Poder Constituinte, goza de caráter imperativo e, também, realiza uma defesa intransigente dos direitos fundamentais daqueles que são alvos da persecução penal do Estado, inclusive em face de situações que envolvem “clamor público”¹⁹². Esse trecho, combinado à crítica à indignação seletiva dos magistrados, suscita a questão das condicionantes estruturais que tocam o direito penal, aproximando o Ministro a uma análise mais cautelosa do problema. Ainda assim, o nível

¹⁹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹⁹² *Ibidem*.

epistemológico da questão não é alcançado, já que silente o voto quanto a pontos mais profundos da crítica.

Rosa Weber, que também decidiu acompanhar a divergência de Gilmar Mendes, é quem mais chama a atenção para o lado hermenêutico da discussão. Com um posicionamento firme e irredutível, defende a interpretação constitucional estritamente dentro dos limites linguísticos estabelecidos pela “escolha político-civilizatória”¹⁹³ do Poder Constituinte.

Embora seu voto ostente um tom bem legalista, a Ministra é a única que afirma, com todas as letras, que a soberania dos veredictos não enseja necessariamente a imposição de execução provisória da pena, mas apenas se traduz como a impossibilidade de substituição, por parte dos Tribunais recursais, da decisão quanto aos fatos formulada pelos jurados. À parte esse relevante apontamento, revelador de que o sentido atribuído à soberania dos veredictos não é um dado natural, o voto passa ao largo de inquirições mais vinculadas à dinâmica penal e processual penal.

Por fim, a terceira corrente argumentativa, composta apenas por Edson Fachin, é responsável por abrir uma segunda divergência ao voto do relator, que em nada se aproxima à primeira. Em seu voto, o Ministro defende a constitucionalidade integral da norma prevista no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁹⁴, sob o fundamento de que cabe ao Poder Legislativo definir os sentidos a serem conferidos a cada princípio normativo, inclusive a presunção de inocência e a soberania dos veredictos.

Apesar de não ser tão explícito quanto Rosa Weber, a ideia de que a discussão perpassa uma seleção de sentidos é muito presente na decisão proferida por Fachin. O que o difere, todavia, de todos os demais Ministros, é o seu entendimento de que não cabe à Corte realizar essa seleção.

Em total deferência ao que escolheu o Congresso Nacional, o Ministro não adentra com profundidade no debate, mas também não deixa de expressar sua concordância com a ideia de que o princípio da presunção de inocência comporta restrições (quando ponderado com instrumentos de proteção de outros bens jurídicos), bem como sua visão de que é legítimo o critério temporal estabelecido pelo Legislativo para avaliar a gravidade da conduta e reprimir de acordo.

Logo, Fachin acaba por expressar, de forma mais explícita que seus pares, a importância dos ideais de gravidade e proporcionalidade no encadeamento das premissas que

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ BRASIL, *op. cit.* nota 5.

perfazem a noção moderna de justiça – reativando, portanto, o grupo de sentidos próprio da racionalidade penal moderna.

Exploradas as três correntes argumentativas, é possível afirmar que, por mais que a discussão comporte fortes divergências cognitivas no âmbito penal e processual penal, o cerne do ideário punitivo moderno não é suficientemente ventilado por nenhum dos atores jurídicos envolvidos.

Apesar de alguns deles, em seus votos, tangenciarem uma crítica a nível epistemológico, a retórica restringe-se – no melhor dos casos – à ligeira menção de que o sistema de justiça criminal tende a abusos em razão de fatores estruturais da sociedade.

Nenhum dos votos aborda, com a devida profundidade, as consequências práticas e concretas da orientação jurisprudencial (em repercussão geral) que se está a definir, e acabam todos por reativar, em maior ou menor grau, os ideais da racionalidade penal moderna – seja por meio da relativização de garantias que pretendem conter o poder punitivo em casos concretos, em prol de uma alegada tutela efetiva de proteção social e de maior credibilidade do Poder Judiciário (mobilizando, expressa e/ou implicitamente, todos os ideais da classificação de Garcia¹⁹⁵), seja por meio da adoção de uma postura passiva frente à naturalização do ideal de justiça como obrigatória imposição de sofrimento.

Ainda que a celeridade e agilidade da imposição da pena privativa de liberdade seja refutada pela segunda corrente, as noções ligadas ao dever de punir, ou mesmo a crença no poder dissuasivo da sanção (mobilizada por Gilmar Mendes), não são questionadas pelos Ministros.

Pode-se sustentar, todavia, que o RE n. 1.235.340/SC¹⁹⁶ não é o palco ideal para uma reflexão tão radical e disruptiva como a ora proposta, em especial porque os membros da Corte estão ali adstritos aos termos do processo e ao debate específico acerca da constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP¹⁹⁷ e, portanto, não haveria espaço para uma fissura epistemológica na base de toda a dinâmica da Justiça Penal.

De fato, o contexto do referido julgamento apresenta limitações técnicas e práticas aos Ministros, o que faz do argumento anterior uma colocação hipotética razoável, no entanto, ao fim e ao cabo, o debate diz respeito – segundo a própria descrição do Tema n. 1068 do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁸ – à possibilidade ou não de execução imediata da pena imposta pelo

¹⁹⁵ GARCIA, *op. cit.*

¹⁹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 49.

¹⁹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹⁹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 51.

Conselho de Sentença, o que atravessa direta e indiretamente as nuances filosóficas por trás da aplicação da pena de prisão.

Tanto é assim que a análise demonstrou a medida em que foram mobilizados, nas construções argumentativas, os sentidos descritos pelo quadro teórico – fato que confirma, em última análise, o argumento central da Teoria da RPM de que há um obstáculo epistemológico a ser transposto em matéria penal.

Não obstante, cabe ressaltar que, como cediço, os membros do Supremo Tribunal Federal possuem grande responsabilidade no desenvolvimento do Direito brasileiro – tanto a nível de aplicação como a nível de criação –, uma vez que as teses por eles emplacadas, além de refletirem posicionamentos político-jurídicos maiores (porque recorrem à doutrina e à jurisprudência), têm ganhado cada vez mais força normativa.

Daí a extrema relevância em se estimular que espaços como o Plenário do STF sejam, de fato, ocupados por ideias fundamentalmente disruptivas, em especial as preocupadas em defender a concretização da democracia e em promover transformação social.

CONCLUSÃO

A hipótese de execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri, agora positivada no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, por força da promulgação do Pacote Anticrime, tem provocado já há algum tempo um complexo debate doutrinário e jurisprudencial, com várias nuances argumentativas – possibilitando, assim, diferentes abordagens e análises sobre o tema.

A presente monografia não esgota as possibilidades de investigação e tampouco se pretende incontestável ou, até mesmo, encerrada. Trata-se de uma análise provocativa que, por opção metodológica, buscou compreender em que medida as construções argumentativas por trás da mencionada inovação normativa reativam premissas da racionalidade penal moderna, segundo um específico quadro teórico descritivo – a Teoria da Racionalidade Penal Moderna, elaborada por Álvaro Pires.

Via análise bibliográfica e documental, e pautada por método empírico qualitativo, a pesquisa identificou os argumentos presentes na Exposição de Motivos do Pacote Anticrime e os desenvolvidos até o momento no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, para então examiná-los à luz da Teoria da RPM.

A principal conclusão é a de que, por mais que a discussão comporte fortes divergências cognitivas no âmbito penal e processual penal, o cerne do ideário punitivo moderno não é suficientemente ventilado por nenhum dos atores jurídicos envolvidos e, pela maioria destes, é explícita e implicitamente reforçado – por meio da conjugação de ideais da racionalidade penal moderna (como gravidade, proporcionalidade, última *ratio*, e proteção social), mobilizados de forma a manter a concepção tradicional de justiça judiciária: a obrigação estatal de punir via inflicção de sofrimento ágil e efetiva.

A monografia demonstra como, mesmo apesar das inúmeras críticas já elaboradas por estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento à dinâmica do sistema prisional, e do reconhecimento, pelo próprio STF, de um “estado de coisas inconstitucional” que caracteriza as prisões brasileiras, há um obstáculo epistemológico que se opõe a quaisquer ponderações sobre soluções alternativas para a criminalidade.

Embora possua contribuição acadêmica limitada às escolhas metodológicas empreendidas, como todo estudo que se preze, o presente trabalho propõe uma reflexão em matéria penal e processual penal para além da “garrafa para as moscas” e, ao fazê-lo, incita o questionamento de noções há muito sedimentadas no sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS CRIMINALISTAS. *Advogados criminalistas defendem a inconstitucionalidade de execução imediata de condenação imposta pelo Tribunal do Júri, que está sendo julgada no Plenário Virtual do STF*. Disponível em: < <https://web.abracrim.adv.br/advogados-criminalistas-defendem-a-inconstitucionalidade-de-execucao-imediata-de-condenacao-imposta-pelo-tribunal-do-juri-que-esta-sendo-julgada-no-plenario-virtual-do-stf/> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 1940. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm >. Acesso em: 01 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Caminhos do júri: como o STJ interpreta o processo de julgamento popular no Brasil*. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Caminhos-do-juri-como-o-STJ-interpreta-o-processo-de-julgamento-popular-no-Brasil.aspx> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pacote Anticrime: a interpretação do STJ no primeiro ano de vigência da nova lei*. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07022021-Pacote-Anticrime-a-interpretacao-do-STJ-no-primeiro-ano-de-vigencia-da-nova-lei.aspx> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 714.884-SP – Informativo n. 730*. Relator: Ministro Jesuino Rissato. Relator do Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, por maioria, julgado em 15/03/2022, DJe 24/03/2022. Brasília. Informativo disponível em:

< <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0730.cod> >. Acesso em: 28 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 – Processo n. 0003027-77.2015.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 - Processo n. 0112261-18.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690> >. Acesso em: 2 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298 - Processo n. 0035984-92.2019.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.299 - Processo n. 0035998-76.2019.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.300 - Processo n. 0084817-10.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.305 - Processo n. 0085360-13.2020.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852> >. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 - Processo n. 4000886-80.2016.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 44 - Processo n. 4000918-85.2016.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 54 - Processo n. 0069352-29.2018.1.00.0000*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília.

Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 - Processo n. 9996923-64.2013.1.00.0000*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> >. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 118.770 – São Paulo*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Acórdão disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406> >. Acesso em: 28 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 140.449 – Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Acórdão disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180> >. Acesso em: 28 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) 4733 – Processo n. 9942814-37.2012.1.00.0000*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> >. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) 1.235.340/SC - Processo n. 4006821-45.2019.8.24.0000*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1068*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068> >. Acesso em: 01 mar. 2023.

CASARA, Rubens R. R. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.); GORGULHO, Alessandra Villaça et al. *O novo Processo Penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPI, Ricardo. Racionalidade penal moderna, inovação e regressão: uma trilogia conceitual para distinguir as maneiras de pensar as respostas às condutas criminalizadas. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Orgs.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol 2: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles: De Boeck Université, Presses de l'Université de Montreal et Presse de l'Université d'Ottawa, 1998. XAVIER, José Roberto Franco. *Mimeo* (tradução não publicada).

FERNANDES, Maíra; SCALCON, Raquel; SOARES, Pollyana de Santana. STF precisa ser contra prisão imediata de réu condenado no Tribunal do Júri. *ConJur*, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jan-26/escritos-mulher-stf-prisao-imediata-reu-tribunal-juri> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

FERREIRA, Isabella Dias. *A Criminalização da LGBTfobia no STF e a Racionalidade Penal Moderna: um estudo sobre a representação de grupos sociais da função do direito criminal*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2023.

FERREIRA, Tainá Ferreira e. Quem tem medo do juiz das garantias? Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 334, p. 24-27, set. 2020.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. Pacote “anticrime”: a exclusão dos autos do inquérito e o tribunal do júri. *ConJur*, 24 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/tribuna-defensoria-exclusao-autos-inquerito-tribunal-juri> >. Acesso em: 28 fev. 2023.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

_____. *A sociedade punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FULLIN, Carmen; MACHADO, Maíra Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (orgs.). *A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Thèse de Doctorat en Sociologie. Montréal: Université du Québec à Montréal, 2009.

GISI, Bruna; TONCHE, Juliana; ALVAREZ, Marcos Cesar; OLIVEIRA, Thiago. A teoria da “Racionalidade Penal Moderna” e os desafios da justiça juvenil: entrevista com Álvaro Pires. *PLURAL, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*. São Paulo, v. 24.1, 2017, p. 124-160.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL. *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: < https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: BALLESTEROS, Paula R. (coord.); POSTIGO, Leonel González (org.); FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius et al. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017. p. 311-326.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. México: Iberoamericano, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamentos para una teoria general*. México: Iberoamericana, 1991.

_____. *La sociedad de la sociedad*. México: Iberoamericano, 1997.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. System as difference. *Organization Articles*, London, v. 13, p. 37-57, 2006.

_____. Beyond Barbarism. *Soziale Systeme*. 14 (2008), Heft 1, S. 38-46. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Punição, culpa e comunicação: é possível superar a necessidade da inflição de sofrimento no debate teórico da pena?. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 69, p. 389-414, jul/dez 2016.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 1059-1078, mai./ago. 2020.

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal. *ConJur*, 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniaio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal> >. Acesso em: 02 mar. 2023.

MORO, Sérgio Fernando. *Exposição de Motivos n. 00014/2019 MJSP* – Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília: Subchefia de Assuntos Parlamentares, 31 jan. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm >. Acesso em: 27 jun. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 64-95, 1999.

_____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *In: Sociologie et Sociétés*, [s.l.], v. 33, n. 1, p. 179-204, 2001.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *In: Novos Estudos*. São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

_____. Direito Penal e orientação punitiva: um problema só externo ao Direito?. *In: Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito* (Org. Maria Lúcia Karam). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. *In: A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

POSSAS, Mariana Thorstensen. Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. v. 8, n. 3, p. 473-499, jul/ago/set 2015.

PRADO, Geraldo. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *In: MALAN, Diogo (coord.). Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 112-147.

RAUPP, Mariana. Por que é tão difícil reduzir o uso da prisão como pena? Obstáculos cognitivos na reforma penal de 1984. *In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Orgs.). A racionalidade penal moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

UMAÑA, Camilo. *Impunity: in the search of a socio-legal concept*. Tese de Doutorado. Department of Criminology. University of Ottawa, and Department of Sociology of Law, University of the Basque Country, 2017.

XAVIER, José Roberto Franco. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 18, n. 84, p. 271-311, mai/jun 2010.

_____. *La Reception de l'Opinion Publique par le Système de Droit Criminel*. Tese de Doutorado. Department of Criminology, University of Ottawa, 2012.

_____. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, 2015, p. 438-463.

_____. *Mimeo*.