

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

Eliza Cristiana Faria de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo – a execução provisória da pena é a possibilidade de que o condenado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, inicie o cumprimento da pena imposta. Nesse sentido, o presente trabalho objetivou analisar a constitucionalidade da alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no Código de Processo Penal, o qual passou a prever a possibilidade de execução provisória da pena no âmbito dos processos no Tribunal do Júri. Para realizar essa análise, foram ponderados os princípios constitucionais da presunção de inocência, da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, do devido processo legal, da isonomia em seu aspecto material e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do estado. Para tanto, foi utilizada como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do estudo levantado no referencial teórico sobre as considerações sobre a execução provisória da pena no Brasil, especificamente no âmbito do Tribunal do Júri. A partir das ponderações, sob o aspecto constitucional, foi possível demonstrar que condicionar a plena aplicação do princípio da soberania dos veredictos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria não razoável, uma vez que além de comprometer a efetividade da lei penal, equivaleria ao próprio esvaziamento do conteúdo do pronunciamento soberano. No entanto, diante da grande insegurança jurídica a respeito do tema, o que se vê na prática dos Tribunais do Júri é, em geral, a decisão pela manutenção ou decretação da prisão preventiva, independentemente da quantidade de pena imposta na condenação. Enfim, por meio de todo o estudo realizado foi possível concluir que apesar de existir argumentação específica e favorável a respeito da alteração legislativa em comento, faz-se necessário um posicionamento definitivo sobre o tema pela Corte Suprema, esperando-se que seja realizado o *distinguishing* em relação ao entendimento firmado nas ADIs nº 43, 54 e 55, de forma a restringir ou afastá-lo para o caso de condenações pelo Tribunal do Júri.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Execução provisória da pena.

Sumário – Introdução. 1 Delimitação legal e jurisprudencial sobre a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri. 2 O princípio da soberania dos veredictos e a constitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. 3. Haveria afronta ao princípio do devido processo legal na execução provisória da pena no Júri? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho expõe o tema da execução provisória da pena no Brasil, com enfoque no tratamento legal e jurisprudencial da matéria relativa à aplicação das penas no Tribunal do Júri. O objetivo do estudo é analisar a constitucionalidade da possibilidade de



execução provisória da pena no Tribunal do Júri, trazida pela Lei nº 13.964/19, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da presunção de inocência (ou não culpabilidade).

No dia 7 de novembro de 2019, por maioria de 6x5 votos, julgando procedentes as ações diretas de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal retornou ao seu entendimento anterior no sentido da impossibilidade da execução das penas enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, reconhecendo a constitucionalidade do disposto no art.283 do Código de Processo Penal.

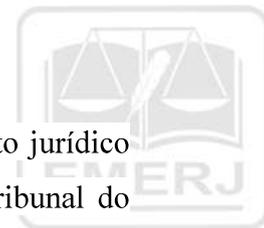
Nesse contexto, a Corte Superior entendeu que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Além disso, o Tribunal concluiu que somente se pode cogitar a prisão anterior a esse momento, quando devidamente justificada a cautelaridade da medida, ou seja, quando estejam presentes os requisitos para decretação ou manutenção de uma prisão preventiva. No entanto, ao final do julgamento, o presidente da Corte alertou que tal entendimento não deveria abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida.

Por outro lado, ainda no mesmo ano de 2019, em 24 de dezembro, foi sancionada a Lei nº13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, que alterou regras referentes ao Tribunal do Júri. Dentre tais modificações inseridas no CPP, passou-se a prever que, no caso de condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão, seja, em regra, determinada a execução provisória da pena, independentemente dos recursos que venham ser interpostos (art. 492, I, “e” do CPP).

Diante dessa controvérsia instaurada no ordenamento jurídico brasileiro, subsiste uma importante análise a ser feita sobre a possibilidade da manutenção dessa dicotomia no tratamento da execução provisória da pena.

Para melhor compreender essa discussão sobre o instituto da execução provisória da pena, devem ser ponderados princípios constitucionais como o da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do estado.

Além disso, sob o ponto de vista social, o tratamento adotado para execução provisória da pena no Tribunal do Júri tem importante impacto na função de prevenção geral da pena, uma vez que pode provocar a sensação de impunidade na sociedade diante de condenações por crimes graves que não são efetivadas ou mesmo são excessivamente dilatórias.



Inaugura-se o primeiro capítulo do trabalho abordando como o ordenamento jurídico brasileiro tem estabelecido a possibilidade de execução provisória da pena no Tribunal do Júri, especialmente após a Lei nº13.964/19, comparando com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto.

O segundo capítulo apresenta considerações acerca dos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. Nesse contexto, intenta-se analisar a constitucionalidade da dicotomia que restou presente no ordenamento jurídico brasileiro em relação a adoção do critério de gravidade pautado pela natureza do delito (crime doloso contra a vida) e quantidade de pena (igual ou superior a 15 anos), para excepcionar a regra da não possibilidade de execução provisória da pena.

O terceiro capítulo analisa a modificação na legislação no que tange à execução da pena nas condenações do Tribunal do Júri sob a óptica dos princípios do devido processo legal, da isonomia em sua vertente material, da segurança pública e da proporcionalidade quanto à proibição da proteção insuficiente do Estado.

Para a pesquisa do trabalho pretende-se utilizar o método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende formular hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, analisar se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é possível a execução provisória da pena no Tribunal do Júri.

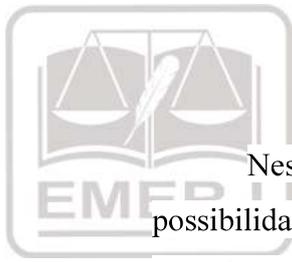
Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa e terá como suporte a legislação, a bibliografia específica sobre o tema e a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira

1. DELIMITAÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JURI

Segundo Nicolitt¹, a execução penal consiste nos atos que efetivam, na vida real, a sentença penal, permitindo o cumprimento dos direitos e deveres contidos na sentença prolatada no processo penal. Sendo assim, a execução de uma pena além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade.²

¹ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 1031-1032.

² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 973.



Nesse sentido, entende-se como execução provisória ou antecipada da pena a possibilidade de que o condenado, na pendência de recurso especial ou recurso extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, inicie o cumprimento da pena.³

Dispõe o art. 283 *caput*, do CPP, que teve sua redação modificada pela Lei nº12.403/11 e também pela Lei nº 13.964/19, que ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, sendo que, neste último caso, estão compreendidas a prisão cautelar e a prisão em virtude de condenação criminal transitada em julgado⁴.

No mesmo sentido, o art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal de 1988, estabelecem respectivamente, o princípio da presunção de não culpabilidade, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e as regras sobre a prisão, que determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.⁵

O tema da execução provisória da pena tem sido amplamente debatido não só no âmbito jurídico, mas também no social e no político. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em diversas oportunidades sobre a possibilidade de execução provisória da pena, com substanciais modificações de entendimento ao longo do tempo.

Prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial segundo o qual, uma vez que os recursos extraordinário e especial não seriam dotados de efeito suspensivo (art. 637 do CPP, posteriormente revogado pela Lei nº 12.403/11), seria cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado.⁶ Em julgamento no ano de 2009, o Plenário do Supremo, por maioria de votos (7 a 4), alterou sua orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.⁷

³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal Parte Especial*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 145.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675/PR*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2528630>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



No entanto, em fevereiro de 2016, no julgamento do HC nº 126.292, novamente por maioria de votos (7 a 4), o Plenário do STF concluiu que seria possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por tribunal de segunda instância quando ali esgotada a jurisdição, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se pudesse objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que seria possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional.⁸

Conforme anotou o Min. Teori Zafaski⁹, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. O Min. Relator ainda lembrou o entendimento do STF sobre a LC nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – que considerou constitucional a hipótese de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da sentença criminal nas hipóteses nela previstas, quando proferida por órgão colegiado.

Ainda no julgamento do HC nº 126.292, além de analisar o direito comparado no sentido da tese fixada, constatou-se a utilização de recursos com propósitos meramente protelatórios para o STF ou o STJ, buscando a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis. Assim, nesse contexto, haveria a necessidade de ponderar o princípio da presunção de inocência à luz da efetividade da função jurisdicional penal.

Por fim, o STF voltou a apreciar a matéria em novembro de 2019. Porém, dessa vez, e novamente por maioria (6 a 5), julgou procedentes pedidos formulados nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio) para assentar a constitucionalidade do art. 283, *caput* do CPP, que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório.¹⁰

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 03 abr. 2021

⁹ *Ibid.*

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43 (processos apensados – ADC 54 e ADC44)*. Relator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Relator do último incidente: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Segundo Lima¹¹, nesse julgamento preponderou o entendimento no sentido de que não seria possível a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo que simplesmente reproduz o texto da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o autor explica que o preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir.

No entanto, importante salientar que ao final do julgamento das ADCs, o presidente da Corte, o Min. Dias Toffoli, alertou que o entendimento que estava sendo conferido ao instituto da execução provisória da pena não deveria abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida.

Essa observação se alinhou a uma decisão proferida no ano de 2017, pela 1ª Turma do Tribunal, quando do julgamento do HC nº 118.770/SP¹², a qual se fundou na premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CRFB), a execução antecipada da pena no caso de crimes dolosos contra a vida tem fundamento mais amplo do que a execução nos demais casos. No entanto, como se tratou de uma decisão anterior ao julgamento das ADCs e também tomada somente no âmbito de uma das turmas do Tribunal, o tema encontra-se em amplo debate no meio jurídico.

Por outro lado, logo no mês seguinte ao marcante julgamento das ADCs, no dia 24 de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime, que alterou o art.492, inciso I, alínea “e” do CPP, trazendo como regra, a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri, quando houver condenação a uma pena igual ou superior a 15(quinze) anos de reclusão, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. O juiz presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória da pena nesses casos, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação (art.492, § 3º do CPP).

Dessa forma, passou a existir um suposto conflito entre o entendimento mais recente do Plenário da Suprema Corte sobre a execução provisória da pena, determinado no julgamento das ADCs em novembro de 2019, e a nova regra introduzida pelo legislador no

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p.54.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4439699>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



CPP, quanto à específica execução da pena nos crimes dolosos contra a vida, com adição do componente quantitativo da pena imposta.

Sendo assim, para analisar a constitucionalidade da nova regra para os crimes do Tribunal do Júri, não basta a ponderação entre os princípios e normas constitucionais considerados no julgamento das ADCs, como o da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o da efetividade da função jurisdicional penal em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

Devem ser ponderados também outros princípios constitucionais, específicos para casos de crimes dolosos contra a vida, para os quais o constituinte determinou um processo e um julgamento diferenciado. Dessa forma, para esses crimes, devem ser analisados outros fundamentos, especialmente os princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CRFB), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do Estado.

2. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a instituição do júri como garantia constitucional, com a organização que lhe der a lei, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CRFB). Nesse contexto, portanto, os crimes inseridos na competência do Júri visam à tutela da vida humana, um direito fundamental (art. 5º, *caput*, da CFRB), sendo esse o bem jurídico a ser especialmente protegido.¹³

Conforme explica Rafael Schwez Kurkowski, a soberania dos veredictos é consequência do caráter democrático do Júri, razão pela qual “não se toleram restrições ao exercício da função dos integrantes do conselho de sentença. Limitações aos jurados, a

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 486.



exemplo de não permitir o cumprimento imediato de sua vontade, equivalem a limitações da própria democracia”.¹⁴

Autores, como Frederico Marques, sustentam que o conceito de soberania do veredicto há de ser compreendido no contexto dogmático-processual, segundo o qual a decisão sobre a procedência ou improcedência da acusação nos crimes dolosos há de ser tomada exclusivamente pelo Tribunal do Júri, ou, ainda, que a decisão adotada pelos jurados não poderá ser substituída por outra, tomada por outro órgão jurisdicional.¹⁵ Ainda nesse sentido, para Guilherme de Souza Nucci, “o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado.”¹⁶

Nesse sentido, na ocasião do julgamento do HC nº 140.449/RJ, em novembro de 2018, a 1ª Turma do STF assentou a tese de 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, asseverando que as decisões do Tribunal do Júri são soberanas, e por isso, o Tribunal de Justiça poderia, eventualmente, anulá-las, mas jamais substituí-las.¹⁷

Eis que surge a controvérsia quanto à incompatibilidade desse entendimento, que foi corroborado na nova redação art. 492, I, alínea “e” do CPP, com a decisão proferida pela Corte, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em novembro de 2019, que se sustentou no princípio constitucional de presunção da inocência, no sentido da constitucionalidade do art. 283 do CPP, e impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Parte da doutrina entende que a soberania dos veredictos, que protege a capacidade decisória dos jurados, à semelhança do entendimento trilhado pela 1ª Turma do Supremo nos dois precedentes acima citados, demanda o cumprimento imediato da decisão determinada pelo Conselho de Sentença, razão pela qual há de se admitir constitucional o art. 492, I, alínea “e”, do CPP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, que trata da execução provisória de

¹⁴ KURKOWSKI, Rafael Schwez. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 3, p. 262-312, set./dez. 2019. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997, p.40-41.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 140.449*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5129090>>. Acesso em: 21 ago. 2021.



decisão condenatória proferida pelo Júri, nomeadamente quando se tratar de condenação à pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.¹⁸

Nesse sentido, é defendido que o princípio da soberania dos veredictos funciona como limite constitucional para a deliberação dos Tribunais de Segundo Grau no que concerne às decisões emanadas do Tribunal do Júri. Dessa forma, se o Conselho de Sentença deliberou pela condenação do acusado, sua vontade deve ser executada de imediato, até mesmo porque sua decisão é soberana, não estando sujeita, portanto, quanto ao mérito, à modificação ou à substituição pelo juízo *ad quem*, o qual poderá, quando muito, em sede de apelação (art. 593, III, “a” e “d” do CPP), determinar a realização de novo julgamento por outro corpo de jurados, seja na hipótese de nulidade posterior à pronúncia, seja, por uma única vez, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos.¹⁹

Soma-se a isso, devido à relevância do bem jurídico tutelado (direito à vida) e à plenitude do direito de defesa, a adoção no Tribunal do Júri de um rito procedimental mais complexo que o rito comum previsto no Código de Processo Penal para as demais infrações penais. O procedimento bifásico do júri (*judicium accusationis* e *judicium causae*) possui sucessivas barreiras como o recebimento da denúncia, que pressupõe justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III do CPP); e a pronúncia, que está condicionada ao convencimento da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, que acabam por assegurar que eventual decisão condenatória pelo Conselho de Sentença seja consistente quanto ao reconhecimento suficiente da culpabilidade do acusado, a admitir, portanto, a execução imediata da pena.²⁰

Assim, na medida em que a responsabilidade do réu foi assentada soberanamente pelo Júri, e que o Tribunal de segunda instância não poderá substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção da inocência adquire menor peso ao ser ponderado com a efetividade da lei penal, os princípios instrumentadores do Júri e outros bens jurídicos que a Constituição visa proteger.

Não obstante isso, cabe também ser analisada a constitucionalidade do aspecto quantitativo de pena (igual ou superior a 15 anos), trazido pela Lei nº 13.964/19, a partir do

¹⁸ KURKOWSKI, Rafael Schwez. Projeto de lei “anticrime” e as medidas para aumentar a efetividade do tribunal do júri. In: CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coord). *Projeto de Lei Anticrime: uma análise ampla do projeto e suas potenciais inovações no direito criminal*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 421

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p.1539.

²⁰ KURKOWSKI, op.cit., p. 421.



qual haveria a imposição do início do cumprimento da pena. Sobre essa questão, vale ressaltar que as decisões do STF sobre a possibilidade de imediato cumprimento da pena privativa de liberdade decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri não fixam *quantum* de pena.

Em verdade, as premissas fáticas relacionadas ao crime doloso contra a vida são de análise exclusiva dos jurados, sendo, portanto, inadequada a presunção, *ex ante* e abstratamente, de que condenados a menos de 15 (quinze) anos de reclusão não reúnam condições para serem recolhidos à prisão caso não estejam presentes os requisitos para prisão cautelar.²¹ Com efeito, haveria a necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do art. 492, I, “e” do CPP, a fim de afastar a limitação de 15 (quinze) anos de reclusão.

Portanto, fica claro que, em última análise, a aplicação pura e simples do entendimento firmado no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54 às condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, além de afrontar o princípio constitucional da soberania dos veredictos, resultaria em severo prejuízo à eficácia e à credibilidade do sistema penal, bem como afrontaria também o direito fundamental à segurança pública.

3. HAVERIA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI?

A Constituição Federal proclama em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, propõe-se que a liberdade é regra, já o cerceamento à liberdade de locomoção é a exceção.

Para Mendes e Branco²², desponta o devido processo legal como parâmetro de regularidade do exercício do poder. Em uma primeira face procedimental ou formal, o devido processo legal remonta, dentre outros direitos, ao: a) direito ao contraditório e à ampla defesa; b) direito ao juiz natural; c) direito à exclusão das provas ilícitas; d) direito a não ser preso, a não ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Por outro lado, como ensina Canotilho²³, o devido processo legal apenas no seu aspecto procedimental não se mostra suficiente, devendo o processo ser orientado materialmente por princípio de justiça, ou seja, o processo além de legal deve ser justo e

²¹ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1356.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 544.

²³ NICOLITT, op.cit., p. 130.

adequado. Nesse sentido, o devido processo legal é mais que a exigência de um procedimento prévio previsto em lei, exigindo que o procedimento seja justo, o que na perspectiva aristotélica, processo justo é um processo igualitário.²⁴

Com efeito, sabe-se que a Constituição da República busca assegurar não somente uma igualdade formal, mas sim a igualdade material que pressupõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Aliás, esta é a função precípua das leis, discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras.

No que tange ao âmbito desse trabalho, tem-se que o próprio constituinte estabeleceu as desigualdades, ao atribuir ao Tribunal do Júri competência para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, com a soberania dos seus vereditos.

O processo que tramita perante o Tribunal do Júri possui regras específicas em face dos bens jurídicos a serem especialmente tutelados, bens de indispensável tutela penal, diante da sua essencialidade à existência e à condição humana. São esses direitos os pilares da existência humana e que irão viabilizar o alcance de todos os demais direitos, motivo pelo qual a tutela desses bens deve ser a mais reforçada possível, isto é, a defesa desses bens deve ser promovida, sem exclusão dos demais ramos, pelo direito penal.

Corroborando a inexistência de afronta ao princípio do devido processo legal, principalmente no seu aspecto material, na execução provisória da pena no Tribunal do Júri, é importante analisar também o aspecto quanto à proporcionalidade da medida.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, que não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e de justiça, vincula tanto o legislador (em abstrato) quanto o Juiz (em concreto). Sendo assim, o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro normativo para controlar a constitucionalidade material tanto da atividade legislativa quanto das funções administrativas e mesmo judiciais. No entanto, a principal aplicação do princípio da proporcionalidade ocorre nas colisões de normas a envolver direitos fundamentais.

Quando articulado em relação a certos deveres de proteção estatal decorrentes dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, além da função de proibição do excesso (“*Übermassverbot*”) inicialmente defendida, passa a assumir também o significado de proibição de proteção deficiente (“*Untermassverbot*”), que está vinculada a um dever de

²⁴ Ibidem, p. 131.



proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros.²⁵

No âmbito das decisões do Tribunal do Júri, a análise deve considerar por um lado o valor liberdade representado pela presunção de inocência, a qual, sendo um princípio, comporta gradação segundo condições fático-jurídicas, e de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, inclusive em tempo razoável.

Segundo Kurkowski²⁶, a proporcionalidade como proibição do excesso atrela-se à presunção de inocência. Ao longo da marcha do processo penal, nos momentos da investigação policial, do oferecimento da denúncia e da instauração do processo, a presunção de inocência tem um peso maior porque não há uma determinação sobre a culpabilidade do réu, razão porque a sua prisão é apenas permitida sob a forma cautelar. Sendo assim, a execução provisória nessa fase não se mostra proporcional, pois apesar de adequada, não é necessária, tampouco proporcional em sentido estrito.

Por outro lado, esse quadro fático-jurídico é alterado após a condenação pelo Conselho de Sentença no Júri. Nessas hipóteses, ocorre o trânsito em julgado do capítulo da sentença relativo à culpabilidade do réu, autorizando, assim, a execução da pena. Ainda que seja o caso de interposição de apelação com base no art. 593, III, d do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), a soberania da decisão condenatória dos jurados, decorrente do caráter democrático do júri, demanda eliminação do efeito suspensivo dessa apelação, autorizando a execução provisória da pena enquanto se decide sobre a questão no tribunal.²⁷

Dessa forma, havendo condenação do réu pelo Conselho de Sentença, a presunção de inocência passa a ter um peso inferior em relação à segurança pública, restando justificada a execução provisória pela proporcionalidade da medida, a qual, a partir de então, ostentará adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe registrar, ademais, que em relação aos processos no Tribunal do Júri, não se nega a possibilidade de interposição de recurso ao condenado, mas apenas estabelecem que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri possui exequibilidade imediata, o que encontra respaldo nos princípios da soberania dos veredictos e da efetividade processual.

Registre-se ainda que, mesmo com as alterações advindas da Lei nº 13.964/2019, restou preservada, em hipóteses excepcionais, a possibilidade de atribuição de efeito

²⁵ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 197-200.

²⁶ KURKOWSKI, op. cit., p. 34.
Ibidem, p. 35.

suspensivo à apelação, conforme se depreende da redação do art. 492, §5º do CPP, com a possibilidade de se evitar o imediato cumprimento da pena quando há condenação a pena igual ou superior a 15 anos, se verificado que o recurso não tem propósito meramente protelatório e que levanta questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 anos de reclusão.

Assim, não é possível concluir que a determinação de execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, viole o núcleo essencial de proteção do princípio da presunção de inocência, uma vez que diante da importância do bem jurídico tutelado, ou seja, a vida, preponderam o adequado respeito aos princípios do devido processo legal, da isonomia em sua vertente material, da segurança pública e da proporcionalidade quanto à proibição da proteção insuficiente do Estado.

CONCLUSÃO

O debate sobre a execução provisória da pena torna-se cada vez mais presente nos tribunais superiores e na sociedade, muitas vezes alimentado por fatores políticos. No entanto, como discorrido acima, há uma recorrente inversão de entendimento quanto à possibilidade, ou não, de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No caso do Tribunal do Júri, a insegurança jurídica ocasionada por essas mudanças impacta diretamente na atuação do juiz presidente, o responsável por determinar a execução provisória da pena, uma vez que apesar da possibilidade trazida pela Lei 13.964/2019, tal fundamentação pode acarretar grande número de recursos, e conseqüente reversão da prisão nos tribunais.

Com isso, o que se vê hoje na prática dos Tribunais do Júri é a aplicação predominante da prisão cautelar após a condenação pelo Conselho de Sentença, independentemente da quantidade de pena que seja imposta ao réu. Isso porque, diante de condenações em crimes de alta gravidade, como são os crimes dolosos contra a vida, acabam normalmente estando presentes os requisitos que permitem a manutenção ou decretação da prisão preventiva, quais sejam, para a garantia da ordem pública e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, concomitante ao perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Por outro lado, como vimos no presente trabalho, tendo em vista que as decisões do Tribunal do Júri emanam de um colegiado popular cujas deliberações são consideradas soberanas, resta evidenciado o caráter de sua relativa imutabilidade. Sendo assim, não se



possibilita aos Tribunais que substituam a decisão proferida pelo júri popular, dispondo apenas de competência para, quando muito, determinar a realização de um novo júri.

Diante disso, condicionar a plena aplicação do princípio da soberania dos veredictos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria desrazoável, uma vez que além de comprometer a efetividade da lei penal, equivaleria ao próprio esvaziamento do conteúdo do pronunciamento soberano.

Por fim, faz-se necessário um posicionamento definitivo sobre o tema pela Corte Suprema, que inclusive foi afetado com repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual serão amplamente debatidos os aspectos constitucionais das decisões do Tribunal do Júri os quais foram trazidos nesse trabalho, esperando-se que seja realizado o *distinguishing* em relação ao entendimento firmado nas ações diretas de inconstitucionalidade 43, 54 e 55, de forma a restringir ou afastá-lo para o caso de condenações pelo Júri.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal Parte Especial*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Direito Constitucional: Tomo I. Teoria da Constituição*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2528630>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 03 abr. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Processos apensados – ADC 54 e ADC 44. Relator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Relator do último incidente: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4439699>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 140.449*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5129090>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. *Revista Direito e Liberdade*. Natal, v. 21, n. 3, p. 262-312, set./dez. 2019. Disponível em: <http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890>. Acesso em: 20 ago. 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Projeto de lei “anticrime” e as medidas para aumentar a efetividade do tribunal do júri. In: CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coord). *Projeto de Lei Anticrime: uma análise ampla do projeto e suas potenciais inovações no direito criminal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.