

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA NECESSÁRIA CLIVAGEM CONSTITUCIONAL

THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY IN THE FRAMEWORK OF THE COURT OF THE JURY: A CONSTITUTIONAL CLEAVAGE NEEDED

Gabriel Saad Travassos do Carmo¹

Roberta Eifler Barbosa²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto de pesquisa a execução provisória da pena após a decisão condenatória de primeiro grau no Tribunal do Júri cuja pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. O problema de pesquisa recai sobre a validade jurídica da mencionada norma em confronto com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal. A modalidade de pesquisa é bibliográfica, no nível exploratório, correlacionando doutrina e jurisprudência em torno de princípios fundacionais do processo penal no Estado Democrático de Direito. O objetivo de pesquisa é analisar se a alteração legislativa é compatível com a ordem constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena, Tribunal do Júri, controle de constitucionalidade, direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to research the provisional execution of the sentence after the first degree condemnatory decision in the Jury Court whose sentence is equal to or greater than 15 (fifteen) years of imprisonment. The research problem lies in the legal validity of the mentioned rule in comparison with the Federal Constitution, international human rights treaties and criminal procedural legislation. The research modality is bibliographic, at the exploratory level, correlating doctrine and jurisprudence around foundational principles of criminal proceedings in the Democratic State of Law. The research objective is to analyze whether the legislative change is compatible with the current constitutional order.

KEYWORDS: Provisional execution of the sentence, Jury Court, constitutionality control, fundamental rights and guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O estado de inocência, a plenitude de defesa e a (in)compatibilidade endonormativa da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. 3. O duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 Defensor Público Federal. Defensor Regional de Direitos Humanos Substituto. Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade do Rio Grande (FURG).

2 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá concluída em março de 2016 e em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público concluída em maio de 2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a alteração efetivada pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 492, inciso I, alínea 'e' do Código de Processo Penal que buscou determinar a execução provisória da pena no caso de condenações iguais ou superiores a 15 (quinze) anos de reclusão no âmbito do Tribunal do Júri.

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alterou diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da legislação extravagante, buscando, conforme seu próprio preâmbulo anuncia “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”. O verbo *aperfeiçoar*, de acordo com o dicionário Michaelis, assume o sentido daquilo que se torna perfeito, aprimora-se³.

O legislador pretendeu então se assenhorar enquanto instrumento de condução da legislação penal e processual penal ao destino da perfeição. Assim, em um ordenamento jurídico edificado sobre o vértice constitucional, tem-se que a melhor posição que uma lei pode assumir depende de sua congruência com a Constituição Federal enquanto norma que emana diretamente da norma hipotética fundamental⁴.

A esse respeito, Paulo Bonavides assenta que:

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.⁵

O problema de pesquisa recai sobre a validade jurídica da mencionada norma em confronto com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal.

Compreendida essa premissa, é imprescindível a clivagem constitucional dos dispositivos legais a fim de verificar se o legislador logrou seu intento de aperfeiçoar a legislação. Para os limites deste trabalho, a filtragem que se propõe restringe o objeto de pesquisa à alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 492, inciso I, do Código de Processo Penal que acrescentou na alínea 'e' a seguinte previsão:

3 Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ylzw>. Acesso em 09.04.2020.

4 DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 42ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 41.

5 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297.

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; (g.n);**

A primeira parte do dispositivo não tem utilidade, uma vez que o decreto de prisão preventiva já encontra previsão legal no artigo 312, do Código de Processo Penal. Como espécie de medida cautelar, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento do processo, conforme prevê o artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal. Sujeita-se ao binômio adequação e necessidade (art. 282, I e II, CPP), bem como à absoluta excepcionalidade, conforme art. 282, §4º, do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, a primeira parte do dispositivo traz uma possibilidade de decretação da prisão preventiva na sentença que já existia no processo penal, motivo pelo qual é desnecessária. Já a segunda parte do artigo 492, inciso I, alínea 'e', altera substancialmente o rito processual, atingindo direitos materiais com assento constitucional.

Foi estabelecido que o juiz-presidente do Tribunal do Júri, 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 de recursos que vierem a ser interpostos.

Diante desse dispositivo inserido a partir da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a pesquisa se debruça em uma revisão bibliográfica que correlaciona o direito processual penal ao direito constitucional, a fim de verificar a compatibilidade ou não da norma com o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, a sua própria coesão dentro do sistema processual penal.

A metodologia de pesquisa se concentra no espectro qualitativo da produção bibliográfica sobre o estado de inocência, a plenitude de defesa, o duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal enquanto garantias fundamentais do indivíduo e cláusulas pétreas do regime constitucional.

O objetivo da pesquisa é analisar se a alteração legislativa é compatível com a Constituição Federal, com os princípios do sistema acusatório e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. À luz de uma interpretação sistêmica,

deve ser perquirida a coesão da norma externamente com a ordem constitucional e internamente, a fim de evitar a contradição interna no próprio Código de Processo Penal.

Na segunda seção, confrontamos a mudança legislativa com o princípio do estado de inocência, com a plenitude de defesa e com o sistema interno de normas do Código de Processo Penal, a fim de verificar possíveis problemas de inadequação externa e interna na nova lei.

Na terceira seção, analisamos também desdobramentos da legislação no que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, ao dever de motivação das decisões judiciais e ao princípio da irretroatividade da lei penal. Diante desses feixes de direitos e garantias constitucionais alcançamos a resposta sobre a inconformidade da norma com o ordenamento jurídico.

2 O ESTADO DE INOCÊNCIA, A PLENITUDE DE DEFESA E A (IN)COMPATIBILIDADE ENDONORMATIVA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O primeiro ponto de investigação diz respeito à compatibilidade da norma que determina a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri com o princípio do estado de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Sobre o dispositivo, Gustavo Badaró aponta que existem limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação do que seja “trânsito em julgado”, e ele só ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não existe, pois, margem exegética para que a expressão seja interpretada em sentido diverso, como após o julgamento em segunda ou, no caso, primeira instância⁶.

Em 07 de novembro de 2019, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, revendo posição anterior, o Supremo Tribunal Federal restabeleceu a orientação no sentido de que a pena só poderia ser

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal [livro eletrônico]. 5ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R.B-1.7.

executada após esgotados todos os recursos, declarando-se a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual

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. (g.n)**

Segundo a lição de Celso de Mello⁷, no referido julgamento, “a prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada”.

Destarte, questiona Aury Lopes Júnior⁸: “se é inconstitucional a execução antecipada após a decisão de 2º grau, como admitir a execução antecipada após uma decisão de 1º grau?”. Para o autor, “parece óbvio que a decisão das ADCs atinge qualquer decisão. O artigo 283 se refere a qualquer decisão. Logo, por qual razão o júri seria diferente?”.

Nesse diapasão, em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento pelo não cabimento de execução provisória da pena em qualquer caso, afirmando-se que “não é possível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenações pelo Tribunal do Júri”⁹.

Diante disso, se é incabível a execução provisória da pena após decisão de segundo grau, com mais razão ainda deve ser vedada a prisão automática após o julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão de primeira instância, que decide de acordo com a sua íntima convicção e sem fundamentar suas decisões, contra as quais é possível a interposição de recurso.

Assim, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente pode ser revestida de caráter cautelar ou imposta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consubstanciado este no momento em que não cabe mais nenhum recurso contra a decisão.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54. Brasília, 2019.

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional> Acesso em 07.03.2020.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 163814. Brasília, 2019.

Portanto, enquanto não definitivamente condenado, presume-se o acusado inocente e, assim sendo, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente pode ser admitida a título de cautela, ou seja, presentes os requisitos da prisão preventiva.

Desse modo, qualquer forma de prisão que desrespeite o trânsito em julgado ou a necessidade de preenchimento dos requisitos da prisão preventiva é inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência.

Desde a nova redação dada ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, houve o reconhecimento do impedimento de que haja prisão em decorrência de sentença penal condenatória ou por pronúncia pura e simplesmente, sem se observar a existência das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Sobre o tema, Marco Aurélio de Carvalho, Lênio Streck, Juliano Breda, Antônio Carlos de Almeida Castro e Fábio Tofic Simantob¹⁰ discorrem que:

à pergunta “Decisão de jurado equivale a trânsito em julgado”, respondemos: Não. Não equivale. Por quê? Porque é inconstitucional essa posição que justifica a imediata execução da pena. Se a prisão antecipada decorrente do HC 126.292 já é inconstitucional por ferir clara disposição legal e constitucional, o que diremos da prisão antecipada decorrente de um Tribunal que, em primeira instância, decide por intima convicção, por “sim” ou “não”?

Conforme expõem Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, a previsão do art. 492, inciso I, alínea e, segunda parte, do Código de Processo Penal “viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado”¹¹.

Portanto, a antecipação dos efeitos materiais da pena após prolação de sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição, anteriormente ao trânsito em julgado, independentemente de se tratar de sentença do Tribunal do Júri, viola o estado de inocência, cláusula pétrea constitucional, conforme art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Outra análise necessária diz respeito à interpretação sistêmica e topográfica a respeito da instituição do júri. Previsto no inciso XXXVIII do artigo 5º, o júri está

10 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-15/opiniao-espectro-prisao-antecipada-ronda-tribunal-juri>. Acesso em 10.03.2020.

11 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em 07.03.2020.

inserido na Constituição Federal no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Desse modo, não é possível, por meio de uma leitura canhestra, dissociar a instituição de seu sentido material como garantia constitucional, voltada à proteção do indivíduo em face da arbitrariedade e do poder estatal.

A análise isolada da soberania dos veredictos confronta com a necessária visão sistêmica e topográfica que insere o júri entre os direitos e garantias fundamentais e, além da soberania, lhe assegura o sigilo das votações, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e a plenitude de defesa.

O princípio da unidade da Constituição impõe uma necessária interpretação harmônica dos seus dispositivos, de modo a lhes garantir a máxima eficácia, preservando o valor das normas constituintes.

Nesse panorama, não cabe a utilização de um de seus princípios constitucionais, qual seja, a soberania dos veredictos, contra o acusado, como fundamento para a decretação da execução antecipada da pena, conforme expôs o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus nº 176.229, nos seguintes termos:

Não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.

No mesmo sentido, destaca Lênio Streck¹² que

há decisões do Superior Tribunal de Justiça e do STF restringindo as hipóteses de recursos a casos de condenação. O que isto quer dizer? Simples: quer dizer que a **aludida soberania dos vereditos é uma garantia do réu e não algo que possa ser invocado contra ele**. Afinal, o próprio tribunal do Júri existe para dar maior proteção aos acusados, tanto que está previsto no artigo 5º, o qual elenca os direitos e garantias individuais de todo cidadão. **Se a soberania do Júri é direito fundamental (sim, Júri está previsto como garantia), como pode essa garantia constitucional se virar (ou ser usada) contra o réu?** Soberania, no máximo, pode significar aquilo que constou do voto recentíssimo do ministro Celso de Mello, quem decidiu, em sede do RHC 117.076/PR, que não cabe apelação ao Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos. Soberania é nesse sentido. E não no

12 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 11.03.2020.

sentido de que a decisão do Júri esgota a discussão probatória contra o réu.
(g.n)

Assim, o argumento de que a soberania dos veredictos permitiria a execução antecipada da pena não merece respaldo, pois inverte a própria lógica do Tribunal do Júri, transformando uma garantia do acusado em um instrumento utilizado em seu prejuízo. Portanto, é indispensável que a soberania dos veredictos esteja em grau de harmonia com a plenitude de defesa, pois é vontade do Poder Constituinte originário que a instituição do júri respeite essas duas garantias fundamentais.

Compreendida essa premissa, verifica-se que a nova modalidade prevista para a execução provisória da pena não se compatibiliza com a plenitude de defesa. Essa garantia, aponta André Nicolitt, permite maior profundidade da defesa no que se refere aos mecanismos de convicção do julgado, que não se orienta apenas por elementos técnico-jurídicos¹³.

Como observa Diogo Malan, tamanha é a importância da efetividade da defesa penal no Plenário do Júri que o legislador constituinte decidiu garantir aos acusados, além da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB), a plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'a', CRFB)¹⁴.

O direito de defesa, ampla e plena, divide-se em defesa técnica e defesa pessoal. A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito e é indisponível. Por outro lado, a defesa pessoal consubstancia-se na atuação do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Segundo Aury Lopes Júnior, “a chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial o seu momento de maior relevância”¹⁵, pois esse é o momento em que o acusado tem a oportunidade de atuar de forma efetiva, expressando os motivos e as justificativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.

No Tribunal do Júri, o interrogatório tem ainda mais importância, considerando que os jurados decidem de acordo com a sua íntima convicção e estão desobrigados da fundamentação de suas decisões. Assim, o direito de presença do acusado no julgamento e o seu interrogatório são de suma relevância no âmbito do

13 NICOLITT, André. Manual de processo penal [livro eletrônico]. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n.p.

14 MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. In: Doutrinas Essenciais – Processo Penal. Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (orgs.). Ano 1, Vol. I, Jun.2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

15 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 103.

Tribunal popular, em que é consabido que os julgamentos não estão restritos apenas à prova dos autos.

Nesse contexto, a simples ameaça de uma prisão sumária, mediante a expedição de ordem de prisão no Plenário e encaminhamento ao estabelecimento prisional, não raras vezes algemado – e o vexame e humilhação que daí decorrem – evidentemente desestimulam a sua participação na sessão de julgamento.

Restringe-se, pois, o direito de presença do réu em Plenário, intimidando a sua participação na sessão de julgamento, já que, mesmo na ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, poderá sair do Plenário preso, caso receba uma condenação superior a 15 (quinze) anos de prisão.

Constrangido a não participar do seu próprio julgamento, o acusado é tolhido do direito à plenitude de defesa, pois será compelido a renunciar ao seu direito de presença e participação nos atos processuais desenvolvidos em Plenário. Nesse caso, a defesa seria limitada à defesa técnica, o que afetaria substancialmente a decisão dos jurados, movidos pelo sistema da íntima convicção. O acusado é colocado diante de uma escolha arriscada em fazer-se apresentar e defender, correndo o risco de ser imediatamente preso ou deixar de comparecer ao Plenário e prejudicar a sua defesa perante o corpo de jurados.

Não bastasse a inconstitucionalidade do art. 492, inciso I, alínea ‘e’, segunda parte, do Código de Processo Penal, flagrante é a sua incompatibilidade com as previsões dos artigos 283 e 313, §2º do Código de Processo Penal. Ressalte-se que tais normas foram alteradas pela recente Lei nº 13.964/2019, havendo, portanto, clara incompatibilidade endonormativa.

Dispõe o artigo 283 que *“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**”*. O artigo 313, §2º, por sua vez, disciplina que *“não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”*.

Assim, verifica-se que a prisão somente pode decorrer de prisão cautelar, preenchidos os seus requisitos, ou de condenação transitada em julgado, não podendo a prisão preventiva ser decretada simplesmente como antecipação de cumprimento de pena. Ocorre que o art. 492, inciso I, alínea ‘e’, segunda parte, do

CPP, prevê uma prisão *ex lege*, aplicada tão somente em razão de quantitativo de pena, que não atende aos requisitos da prisão cautelar e muito menos respeita o trânsito em julgado da sentença, configurando-se em cumprimento de pena antecipada.

Há, assim, impossibilidade de coexistência de tais artigos na ordem jurídica, devendo prevalecer aqueles que estão em consonância com a Constituição Federal e os princípios da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição, da defesa plena e da exigência de fundamentação das decisões judiciais, quais sejam, os artigos 283 e 313, §2º do CPP; devendo ser afastado o art. 492, inciso I, alínea 'e', segunda parte, do CPP, em razão de sua incompatibilidade endonormativa.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Além da plenitude de defesa, outra filtragem constitucional sobre a execução provisória da pena no procedimento do Tribunal do Júri diz respeito à garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição.

O direito ao duplo grau de jurisdição é um princípio implícito na Constituição Federal, abarcado pelo art. 5º, inciso LV. Não obstante, apesar de não haver previsão constitucional expressa, há previsão do referido princípio na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional de direitos humanos incorporado à ordem jurídica brasileira por meio do decreto nº 678/92, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 8. Item 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Guilherme Madeira Dezem defende que a Constituição Federal adotou em grau constitucional de maneira expressa o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que os tratados internacionais sobre direitos e garantias individuais possuem status constitucional¹⁶. Logo, quando o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado a partir do Decreto Federal nº 678/90, prevê o direito de recorrer da

¹⁶DEZEM, Guilherme Madeira Dezem. Curso de processo penal [livro eletrônico]. 6ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-4.8.

sentença para juiz ou tribunal superior (artigo 8.2, 'h'), esse direito integra o bloco de constitucionalidade.

Vasconcellos define o direito de recurso sobre a condenação como um direito-garantia. Por um lado, há um direito do acusado de submeter a decisão judicial ao reexame por tribunal superior; por outro, o reexame da decisão judicial é instrumento de garantia de outros direitos, ou do respeito às regras do devido processo penal de modo amplo¹⁷.

Apesar do Tribunal do Júri ser um órgão colegiado, composto por um juiz togado, que presidirá os trabalhos, e 25 jurados, entre os quais serão sorteados sete para compor o Conselho de Sentença, constitui-se em um órgão de primeiro grau de jurisdição. Assim, da sua decisão cabe recurso de apelação ao Tribunal de Justiça, com ampla discussão sobre matérias jurídicas e fáticas, inclusive cabendo novo júri quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

Destarte, permitir a prisão de imediato, no âmbito do Tribunal do Júri, é o mesmo que considerar a decisão proferida como instância equivalente ao esgotamento da prova, o que não encontra amparo na legislação pátria.

Nesse sentido, prevê o art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal que caberá apelação, no âmbito do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Portanto, verifica-se que podem ser amplamente discutidas questões formais e de mérito, podendo haver novo júri tanto por reexame formal do procedimento como também material, no reexame da decisão de mérito tomada pelos jurados. Então, como bem destaca o ministro Marco Aurélio, “*por que se potencializar o Tribunal do Júri, que é **primeira instância**, quando contra o pronunciamento cabe recurso, ainda que numa via afunilada, a apelação?*”¹⁸.

Desse modo, reconhecido o direito à revisão das decisões de primeiro grau por um Tribunal, a determinação de início de execução da pena decorrente de sentença condenatória do Tribunal do Júri, viola o princípio do duplo grau de

17 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Direito ao recurso no processo penal [livro eletrônico]: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

18 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 08.03.2020.

jurisdição, uma vez que considera como culpado um acusado que teve sua situação decidida apenas por um órgão de primeira instância, sem que esta sequer tenha tido a oportunidade de ser reavaliada por um órgão superior.

É também necessário pontuar a respeito da violação à exigência de fundamentação das decisões judiciais que a nova norma importa. Não se desconhece o entendimento de que os jurados julgam por livre convencimento imotivado, de acordo com a sua íntima convicção, havendo, portanto, ausência de motivação no ato decisório¹⁹. Todavia, ao juiz togado, Presidente do Tribunal do Júri, impõe-se a observância da exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

A motivação, segundo Aury Lopes Júnior²⁰, “serve para o controle da racionalidade da decisão judicial”. Aduz ele que

só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) de fundamentação dos atos decisórios.²¹

A norma inserida no art. 492, inciso I, alínea e, segunda parte, do Código de Processo Penal, prevê uma hipótese de prisão *ex lege*, ou seja, uma prisão automática, decorrente tão somente do quantitativo de pena aplicado na sentença. Dessa forma, ao decretar tal prisão, há violação, pelo juízo de primeiro grau, da exigência de motivação de sua decisão, considerando que não expõe as razões de decidir, restringindo-se a apontar a previsão normativa.

Além disso, segundo Paulo Queiroz, “a nova norma estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente”²², que pode ser facilmente aumentada a fim de decretar imediatamente a prisão do acusado.

19 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

20 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

21 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 154/155.

22 Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/> Acesso em 09.03.2020

Conforme já decidido e reiterado pelos Tribunais superiores, qualquer decisão que determina o recolhimento à prisão deve ser devidamente motivada, seja fundamentando-se no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja demonstrando o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. No entanto, a norma prevista no artigo 492, inciso I, alínea 'e', segunda parte, do Código de Processo Penal não se coaduna com nenhuma das duas hipóteses.

Ademais, a prisão *ex lege*, ou seja, imposta por força de lei já foi declarada diversas vezes como inconstitucional. O artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 previa a impossibilidade de liberdade provisória aos crimes dispostos entre os artigos 16 e 18 da mesma lei. Essa previsão, porém, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112, firmando-se o posicionamento de que “o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”²³.

Da mesma forma, no que concerne à vedação à liberdade provisória do art. 7º da Lei nº 9.034/95, o Supremo Tribunal Federal decidiu que

(...) a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República. Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003.²⁴

No caso da prisão *ex lege* decorrente do crime de tráfico de drogas, estabeleceu o STF, mais uma vez, que a vedação legal à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 é incompatível com a presunção de inocência e a garantia do devido processo legal e da ampla defesa (HC 96.715 e 100.745).

Assim, de acordo com tal entendimento, consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores, não pode uma lei infraconstitucional impor a prisão genericamente, uma vez que entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, da Constituição Federal, está a liberdade como regra e a prisão como exceção.

Por fim, cabe ressaltar ainda a questão referente à aplicabilidade temporal da norma penal e processual penal. Determina o artigo 2º, do Código de Processo

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.112. Brasília, 2007.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.404. Brasília, 2008.

Penal que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Incide, assim, o princípio do *tempus regit actum*, também chamado de princípio do efeito imediato, ou da aplicação imediata da lei processual penal.

Estabelece o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, por outro lado, que a norma penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o acusado. Em vista disso, se o fato é anterior à lei, ela só poderá retroagir em benefício do réu; se, por outro lado, for posterior, a lei o alcança, sendo benéfica ou prejudicial.

Assim, para determinar-se a aplicação intertemporal de certa norma é essencial definir a sua natureza jurídica, havendo três hipóteses possíveis: lei de natureza processual, lei de natureza penal ou, ainda, lei de natureza mista.

Segundo Aury Lopes Junior²⁵,

a lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc. Para essas, valem as regras do Direito Penal, ou seja, em linhas gerais: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa.

A lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc. Aqui vale o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione se mais gravosa ou não ao réu.

(...)

Por fim, existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra de Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não. Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais, eis que disciplinam um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, preempção etc.

O art. 492, inciso I, alínea ‘e’, do CPP, por versar sobre o *status libertatis*, carrega inegável conteúdo material, ainda que disposto topograficamente no Código de Processo Penal, não podendo retroagir, por ser mais gravoso, aos fatos delitivos perpetrados anteriormente. Assim, sua aplicação deve respeitar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, somente podendo incidir aos crimes praticados a partir de 23 de janeiro de 2020, data da vigência da lei nº 13.964/2019.

Nesse sentido, recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, concedeu ordem de Habeas Corpus a pacientes condenados a mais

25 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 113/114.

de 15 anos de prisão pelo Tribunal do Júri que responderam ao processo em liberdade por fato ocorrido no ano de 2014, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO IGUAL OU SUPERIOR A 15 ANOS. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS SEVERA. LIBERDADE CONCEDIDA.

Pacientes com execução provisória da pena determinada após condenações em sessão plenária, realizada em 29 de janeiro de 2020. Inexistência de fundamentação: art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. A decisão que determinou a execução provisória da pena carece de fundamentação idônea. Mesmo ocorrendo hipótese de condenação igual ou superior a 15 anos de reclusão pelo Tribunal do Júri, não é possível dispensar a fundamentação da necessidade de segregação cautelar/provisória, pois trata de restrição da liberdade que, como derivada de decisão judicial, está submetida à fundamentação. Impossibilidade de prisão “ex lege”. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Irretroatividade da lei penal mais severa: fatos ocorridos em 05 de abril de 2014. Alteração legislativa trazida pelo “Pacote Anticrime” que contém norma mista/híbrida, apresentando, portanto, efeitos penais materiais, atinentes ao cumprimento de pena, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Interpretação do art. 2º do Código de Processo Penal, no sentido de impossibilidade da retroatividade da lei penal material mais severa, por aplicação do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Aplicabilidade aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência somente na hipótese de ser mais benéfica ao acusado. (g.n.)²⁶

Outrossim, apesar de não ter adentrado no mérito da questão constitucional, a decisão fixou importantes parâmetros no tocante à aplicação da nova norma, notadamente, a necessidade de fundamentação da imposição da restrição da liberdade, a impossibilidade de prisão ex lege e a irretroatividade do art. 492, inciso I, alínea ‘e’, do CPP por conter caráter híbrido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos limites do que se propôs neste artigo, foi realizada uma clivagem constitucional sobre a execução provisória da pena após a decisão condenatória de primeiro grau no Tribunal do Júri cuja pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. Muito embora tenha o legislador pretendido “aperfeiçoar” a legislação processual penal, criou uma aberração jurídica que entra em rota de colisão com o estado de inocência, a plenitude de defesa e com a própria normatividade do Código de Processo Penal declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70083827055. Porto Alegre, 2020.

Na segunda seção, demonstramos a problemática que envolve a incompatibilidade entre o novo dispositivo e o estado de inocência, uma vez que inexistente espaço exegético para a diminuição da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também nessa seção a pesquisa demonstrou como a nova previsão legal impede o exercício pleno do direito de defesa em razão do constrangimento do direito à defesa pessoal na sessão plenária do Tribunal do Júri.

Na terceira seção, a pesquisa se debruçou sobre o duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal enquanto garantias que são violadas a partir da execução provisória da pena tal como proposta. Pretender a execução imediata de um julgado de primeiro grau sem o prévio direito de recurso do acusado é incompatível com a Constituição Federal. Da mesma forma, ofende o dever de motivação das decisões judiciais e o devido processo legal a previsão de prisão automática por força de lei. Por fim, considerando a natureza jurídica da mudança legislativa, não é possível a sua aplicação para crimes praticados anteriormente à sua vigência, em 23 de janeiro de 2020.

A pesquisa ainda precisa adentrar em outras análises empíricas e jurídicas, como por exemplo o efeito da nova previsão normativa na ausência dos réus nas sessões plenárias do Tribunal de Júri e os prejuízos que isso provoca ao exercício do direito de defesa. Outra análise diz respeito ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o legislador pretendeu subtrair do Poder Judiciário a análise acerca do juízo de adequação e necessidade da prisão anteriormente ao trânsito em julgado.

Malgrado existam ainda essas e outras linhas para avançar sobre o tema, ao objetivo da análise dogmática e teórica que se propôs este trabalho, verifica-se que a execução provisória da pena no primeiro grau do Tribunal do Júri não resiste a uma clivagem constitucional diante dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos como cláusulas pétreas pela Constituição Federal.

5 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 5ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43, 44 e 54**. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.112**. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 163814**. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.404**. Brasília, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

DE CARVALHO, Marco Aurélio de Carvalho. Et. al. **Atenção: O espectro da prisão antecipada ronda o Tribunal do Júri**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-15/opiniao-espectro-prisao-antecipada-ronda-tribunal-juri>. Acesso em 10.03.2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 103.

LOPES JUNIOR, Aury. DA ROSA, Alexandre Moraes. **Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional> Acesso em 07.03.2020.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. In: **Doutrinas Essenciais – Processo Penal**. Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (orgs.). Ano 1, Vol. I, Jun.2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MICHAELIS. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ylzw>. Acesso em: 10 abr. 2020.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, PAULO. **A Nova prisão preventiva – Lei 13.964.2019**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/> Acesso em 09.03.2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70083827055**. Porto Alegre, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal** [livro eletrônico]: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

STRECK, Lênio Luiz. **Júri**: pode um simples "não" levar à imediata prisão do réu? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 08.03.2020.