

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI SEGUNDO OS PARÂMETROS DO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVISORY EXECUTION OF PENALTY AFTER JURY CONVICTION
ACCORDING THE PARAMETERS OF HABEAS CORPUS N. 126.292/
SP JUDGED BY THE SUPREME COURT

Alexandre Carrinho Muniz

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade jurídica de decretação da prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri, sob a luz do entendimento – resgatado – do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de cumprimento imediato da pena após análise pelo colegiado da 2ª instância. Traça um paralelo entre a decisão tomada no HC 126.292/SP e os casos de condenação pelo Tribunal do Júri, e demonstra o limite de discussão sobre a culpabilidade, com a distinção entre a sentença proferida de forma monocrática e o veredicto prolatado pelos jurados, bem como em relação aos efeitos quando interposto recurso contra eles. O método utilizado foi o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Execução provisória da pena. Condenação. Tribunal do Júri.

ABSTRACT: This paper examines the legal possibility of decreeing imprisonment after conviction by the court of jury, under the Supreme Federal Court understanding about the possibility of immediate compliance of penalty after appeal court decision. The paper draws a parallel between the decision in Habeas Corpus 126.292/SP and cases of conviction by the court of jury, and shows the limit of discussion on guilt, with the distinction between the monocratic sentence and the jury's verdict, as well as in relation to the effects when an appeal is filed against them. The deductive method was employed.

KEYWORDS: Prison. Provisory execution of penalty. Conviction. Court of Jury.

Enviado em: 20-07-2018

Aceito em: 03-09-2018

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a (im)possibilidade de execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, partindo-se da premissa estabelecida na decisão levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do Habeas Corpus (HC) n. 126.292/SP, ou seja, não é o objetivo do presente artigo discorrer sobre o (des)acerto da decisão tomada pelo STF, mas, sim, a partir de sua premissa, conduzir o mesmo raciocínio nos casos de condenação decretados pelo Conselho de Sentença, cotejando seus parâmetros inerentes ao julgamento pelo colegiado, seus limites da discussão acerca da culpabilidade e sua restrição recursal.

Ainda assim, mesmo não sendo o propósito do presente trabalho científico, é relevante discorrer a respeito do conceito do princípio expresso de Presunção de Estado de Inocência, confrontado, necessariamente, com os limites da discussão sobre a culpabilidade.

Talvez um dos vícios mais encontrados no meio jurídico seja declarar a existência de um fato e sua ilicitude, determinando a autoria, somente quando há uma sentença sem possibilidades de recursos. À vista disso, existe uma confusão clara entre a realidade de um fato e os efeitos jurídicos desse fato, uma vez que não é o processo que dita se o fato existiu ou quem é o seu verdadeiro autor. Assim, ele procura reconstituir o passado, na medida de suas possibilidades, procurando conjugar os diversos pontos de vista, e estabelecer uma verdade processual (já que a verdade real é um conceito utópico e ultrapassado). Mas o resultado dessa reconstituição, a despeito de seu propósito, nem sempre corresponde à realidade. E o objetivo da análise da culpabilidade é justamente esse.

Num segundo passo, pretende-se, sem questionar o mérito da decisão, discorrer sobre os parâmetros utilizados pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP, identificando, no acórdão de 103 laudas, os passos argumentativos que estabelecem a premissa de que, após a decisão de segunda instância, que condena ou mantém a condenação do réu em ação penal, é possível a imediata execução da pena, ainda que pendente análise de interposto recurso especial ou extraordinário, assim como outros que deles derivam (embargos declaratórios, agravos, embargos infringentes etc.). Contribuições doutrinárias que venham a aderir aos

conceitos fixados pelo acórdão serão alinhadas ao trabalho, não sendo, nessa etapa, questionada a decisão do STF que, aliás, será utilizada como premissa ao terceiro capítulo.

Finalmente, e utilizando dos conceitos que constam no HC 126.292/SP do STF, além de colações doutrinárias, o objetivo é demonstrar o (des)cabimento da aplicação do mesmo raciocínio quando o Tribunal do Júri condena o réu por crimes cujo julgamento é de sua competência.

Partindo da premissa estabelecida pelo STF, procurar-se-á cotejar as razões em que levam a concluir pela possibilidade de imediata aplicação da pena após o julgamento do caso pela segunda instância, com o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, analisando sobre a igual possibilidade — jurídica — de imediato cumprimento da pena, ainda que pendente recurso de apelação, ou seja, independentemente do trânsito em julgado da condenação.

2 A CULPABILIDADE E OS LIMITES DA DISCUSSÃO

Sem dúvida nenhuma, a presunção de inocência constitui em garantia fundamental de qualquer sistema processual democrático relacionada à limitação do poder punitivo do Estado, em reverso ao sistema penal inquisitório, e estabelece a manutenção do status de inocente para que não lhe incumba o ônus da prova, mas sim a acusação, como lecionado por Alexandre Morais da Rosa:

Por força da presunção de inocência, o acusado deveria iniciar a ação penal absolvido, derrotando-se no decorrer do jogo penal o *status* de inocente, razão pela qual a carga probatória é toda da acusação no tocante aos fatos constitutivos da denúncia ofertada. [...] Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, para além da dúvida razoável, a presunção de inocência foi a escolha democrática de tratamento do acusado. (ROSA, 2016, p. 376).

Assim, tal presunção se constitui num princípio supremo, presente na história do sistema penal acusatório, de caráter democrático e que garante ao cidadão a tutela de qualquer acusação que ameace sua liberdade.

A razão de ser da presunção de inocência procura garantir que não seja incumbido ao acusado demonstrar sua inocência, ou, como afirmado pela Ministra Ellen Gracie,

[...] o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. (BRASIL, 2010).

Portanto, é mister que se esmiúce a essência do significado da expressão “presumir inocente” e qual o marco final dessa presunção, quando desafiada.

A Constituição da República (CR), em seu artigo 5º, LVII, expressa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). No entanto, tal redação não escapa de debates a respeito do seu alcance, em especial porque diverge de conceitos mais específicos definidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesta, consignou que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que se prove sua culpa, conforme a lei, em julgamento público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 7), artigo XI.1. Naquela, que “todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão” (FRANÇA, 2016), artigo 9º.

De outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) expressou, em seu artigo 8.1 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (BRASIL, 1992a). A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais determinou, no artigo 6.2 que “Toda pessoa acusada de um delito será presumida inocente até que se prove sua culpabilidade conforme a lei” (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 10). O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos comandou pelo artigo 14.2 que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (BRASIL, 1992b), iguais termos utilizados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 48.1 (CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO

EUROPEIA, 2000, p. 20), reconhecidos expressamente pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia, aprovado em 2007 (TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 17-18).

O processo penal constitui-se em instrumento que busca reconstituir os fatos (materialidade e autoria). Esta apuração, que eu chamaria de depuração das provas, tem limitações temporais e processuais.

Como será visto posteriormente, no voto do referido HC, países como Estado Unidos, Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina estabelecem, como limite temporal à presunção de inocência, a condenação em duplo grau de jurisdição, momento em que se viabiliza a execução provisória da pena, ainda que se interponha recurso as instâncias judiciais superiores, sem que isso represente qualquer violação aos sistemas de garantias de direitos desses países. Ou seja, em verdade, nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte.

Há, assim, uma compatibilização entre o conteúdo e a extensão temporal da presunção de inocência com o momento processual em que se dá a formação da culpa. Está atrelado, essencialmente, ao ônus da acusação provar a culpa, a condenação lastreada num juízo de certeza (particularmente, chamaria de probabilidade razoável, já que certo só a morte e os impostos) e a manutenção da liberdade como regra (que, portanto, comporta exceções, como no caso de condenação).

Superada a discussão da formação da culpa, o que mais restaria ao processo penal?

A grosso modo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a interpretação da Norma Federal e a Unificação da Jurisprudência. No STF, a interpretação da CR e das normas infraconstitucionais e respectiva constitucionalidade. A formação da culpa não mais se discute nesse âmbito, tanto é que STJ e STF não mais reexaminam provas (por mais que alguns — poucos — ainda insistam no termo “revalorar”, idêntico, assim entendo)¹.

Ou seja, matérias completamente diversas da formação da culpa é que serão levadas a efeito após o julgamento pela segunda instância, tais como a constitucionalidade de determinada lei ou decisão judicial, a interpretação de

¹ Súmulas 7 do STJ e 279 do STF

uma norma federal, ou mesmo a divergência jurisprudencial. No entanto, a discussão sobre a formação da culpa é vedada.

Inocência e culpa são verso e anverso de um estado. A CR expressa que o que vigora, o que se presume, é o estado de inocência, e não da culpa. Isto é, inocente e não culpado.

Por isso, à acusação, cabe o ônus da prova, ou seja, obter provas suficientes para formar a culpa do acusado, revertendo a inocência de que era detentor. Quando se consegue obter do Estado-Juiz a declaração de que houve um fato ilícito e o acusado foi o autor dele, esgotadas as possibilidades de discussão sobre a formação da culpa, temos tal discussão como esgotada, finda, pois, às instâncias superiores (STJ e STF), é vedado o reexame da prova.

Ao nos socorrermos ao dicionário, veremos que o conceito de “inocência” se traduzirá em “estado, caráter daquilo que é inocente”, “qualidade de quem é incapaz de praticar o mal; estado daquele que não é culpado de uma determinada falta ou crime”.

Formado o estado de culpa, o de inocência se finda, só se revertendo, eventualmente, e com caminhos muito restritos, se acaso questões de natureza excepcional e extraordinária forem reconhecidas pelas instâncias superiores.

Talvez, nesse ponto, se encontre a maior resistência a tal conceito, que não é novo para a instituição, pois o conceito é reconhecido pelo STF antes de 2009, por entender que, enquanto houver recurso, o estado de inocência prepondera, ainda que o que se discuta não seja a culpa, ou até mesmo a integralidade da culpa. Isto, quando parte da pena aplicada é incontroversa e nem mesmo discutida pela parte sucumbente, como se a pendência de um embargo de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento em recurso especial fizesse concluir que, por ora, o acusado, condenado por duas instâncias, não cometeu crime algum, divorciando-se completamente da realidade. Nesse caso, não é a pendência dos inúmeros recursos às instâncias extraordinárias que ditam que o fato não existiu ou que o acusado não foi seu autor.

A reconstituição do passado, com o estabelecimento de uma verdade processual (ainda que seja falível e nem sempre corresponda à realidade, falha essa que a instância extraordinária não corrigirá), finda quando não houver mais pos-

sibilidade de decisão sobre o mérito da causa, sendo esse o objetivo da análise da culpabilidade.

Formada a culpa, como pode o recurso a instâncias extraordinárias revelar a manutenção do estado de inocência, que calcada no princípio de que, à acusação, cabe provar o que alega e a dúvida razoável (prefiro esse termo, pois a dúvida não razoável pode existir em tudo, até mesmo num exame de DNA, 99,9987%) beneficia o réu, já que, nessa fase, a discussão das provas é vedada?

É certo que, como na maioria dos procedimentos penais, a discussão das provas ocorre em duas instâncias, sendo a primeira, comumente, o juiz de primeiro grau, e a segunda, o Tribunal de Justiça (ou Federal, conforme o caso). Fora disso, não se discute provas, e, conseqüentemente, formação da culpa. Disso se conclui que a análise da inocência do réu tem seu ciclo encerrado quando a culpa se forma.

Não há, portanto, razões para impedir a execução do julgado quando pendente recurso especial e extraordinário, porque: a) tais recursos não têm efeito suspensivo, de modo que a decisão do tribunal *a quo* é plenamente exequível; b) tais recursos cada vez mais são encarados como medidas excepcionais, não preocupadas com a correção do caso concreto, mas sim com a preservação do (paralelismo) ordenamento jurídico; e c) a Lei de Execução Penal prevê a sua aplicação aos presos provisórios, o que demonstra a possibilidade de execução provisória no processo penal (BEBE JÚNIOR, 2009, p. 85).

Américo Bedê Júnior cita o interessante questionamento:

Outra questão importante reside na indagação sobre até que momento se pode falar em estado de inocência. Bacigalupo trata o tema como "la presunción de inocencia em la fase de instrucción", demonstrando que o princípio somente deveria ser válido até a sentença.

Nesse diapasão, Sergio Moro leciona: 'Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao art. 5º, I, "a", da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (Excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, "b", e Rule 46 "c" da Federal Rules of Criminal Procedure'. (BEBE JUNIOR, 2009, p. 83-84).

O princípio de presunção de estado de inocência tem justamente a razão de ser no fato de que não cabe a ele provar sua inocência, e, sim, à acusação, provar a culpa dele, bem como de ser condenado com base em um juízo de probabilidade razoável, contrapondo-se à dúvida razoável que o absolveria. Esta circunstância orbita dentre os direitos do imputado, desde a investigação até o ponto final da análise da prova, que não é nas instâncias extraordinárias).

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE ACORDO COM O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ultrapassada a questão do momento da formação da culpa, agora estabelecida como premissa, convém discorrer sobre os parâmetros utilizados pelo STF no HC 126.292/SP, no qual concluiu ser possível a execução provisória da pena após a formação da culpa.

A ementa foi assim lavrada:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016)

No entanto, nos votos é que se extrai a riqueza maior da argumentação (pró e contra) acerca da possibilidade jurídica de aplicação imediata da pena após a condenação pelo segundo grau.

É mister que se observe que, naquele caso específico, se tratava de discussão não de prisão cautelar, mas, sim, de execução provisória da pena, cujo objeto é o pressuposto do trânsito em julgado da sentença à prisão decorrente de condenação.

E, assim, o exame da causa levou em consideração duas vertentes, imbricadas entre si, a saber: a) o alcance do princípio da presunção da inocência; e b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados,

mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Há que se recordar que o entendimento prevalente no STF, no HC 126.292/SP, ainda que sem efeitos *erga omnes*, não inovou. Em 28 de junho de 1991, o STF já havia firmado entendimento no sentido de que era possível, juridicamente, a execução provisória da pena privativa de liberdade, conforme se verifica do julgamento do HC 68.726, o qual assentou que, condenado ou mantida a condenação “exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu” (BRASIL, 1992c).

E tal entendimento se protraiu no tempo, sempre se reconhecendo que, não tendo os recursos, especial e extraordinário, e seus derivativos, efeito suspensivo, a mera interposição não impede o imediato cumprimento do mandado de prisão para início da execução penal, situação diversa da prisão cautelar (HC 74.983/RS e HC 72.366/SP).

Aliás, no HC 72.366/SP, restou assentado que (ao adotar fundamentação do parecer da Procuradoria-Geral da República) “não exige a Constituição que a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, ou da sentença de pronúncia, obedeça aos mesmo requisitos da prisão preventiva”, atentando, nesses casos, “para o fato de que já existe um ‘juízo de consistência de acusação’” (BRASIL, 1999).

E assim a jurisprudência do STF se sedimentou: HC 71.723/SP; HC 79.814/SP; HC 80.174/SP; RHC 84.846/RS; RHC 85.024/RJ; HC 91.675/PR, e HC 70.662/RN.

Outrossim, é claro que leva em consideração que os enunciados foram ditados em favor do condenado (provisoriamente), mas com isso se denota a possibilidade de execução provisória da pena, as Súmulas 716 e 717 admitiam a progressão de regime a réu preso, ainda que com recurso pendente.

Somente em 5 de fevereiro de 2009 é que o STF revisou seu entendimento, no julgamento do HC 84.078/MG, e, por sete votos a quatro, assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Por 7 anos seguidos esse entendimento do STF perdurou, até que, em 17 de fevereiro de 2016, a Corte novamente reverteu sua interpretação acerca do

binômio presunção de inocência *versus* execução provisória da pena, no analisado HC 126.292/SP.

No seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki discorreu sobre os limites da discussão sobre a culpabilidade, e que implicância no processo penal tem tal princípio, argumentando que é “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” (BRASIL, 2016).

Fixou, portanto, a premissa de que recursos às instâncias extraordinárias não têm o condão de impedir os efeitos que o juízo de certeza (repito: ainda prefiro o termo probabilidade razoável) já delineou.

De fato, e por isso mesmo, compreende-se a razão não só da imprecisão da análise do conceito presunção de inocência, mas também da eficácia do processo penal.

Já se sabe que quatro instâncias e dezenas de recursos disponíveis dão guarida aos mais preparados processualmente a ponto de conseguir evitar, por longos anos a fio, o mais drástico dos efeitos da condenação, que é a privação da liberdade.

E o pior é que esse o efeito da procrastinação é nocivo às vítimas, aos familiares delas e à sociedade. Mas há um viés nocivo também ao condenado, porque, por receber a pena (se ainda não prescrita) após vários anos, vê sua vida se alterar, talvez se reestruturar, e ser interrompida pelo cumprimento de uma sanção que há tanto tempo se via distante dela. Sem falar naqueles que, aproveitando-se da liberdade, continuam a praticar outras infrações penais, contando com a impunidade.

Considerando também esse viés é que o relator do voto condutor do HC 126.292/SP entendeu que a discussão acerca da culpabilidade tem limites, e eles estão estabelecidos nas instâncias em que as provas ainda podem ser debatidas e interpretadas, não havendo razão diversa que impeça o imediato cumprimento da pena, já que o restrito caminho das instâncias extraordinárias não interferirá na análise do mérito da causa. Outros temas poderão sê-lo, mas nenhum relativo à culpabilidade, nenhum que diga se o réu é culpado ou não.

Destarte, pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, restou evidenciado que se propugna a distinguir o objeto das instâncias recursais ordinárias das extraordinárias, e com isso estabelecer um limite à discussão sobre a culpabilidade

e às questões de natureza legal ou constitucional, citando, inclusive, o exemplo da declara constitucional Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, inciso I, “e”, “expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado” (BRASIL, 2016).

De outro norte, no mesmo voto, traçou um quadro interessante e comparativo com o direito estrangeiro, trazendo dados de países com democracia mais consolidada que o Brasil, e que distinguem o ponto final da discussão sobre a culpabilidade e o trânsito em julgado da decisão.

Nesse sentido, citou o voto da Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), no qual afirmou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (BRASIL, 2005, pp. 454-461).

Assim, referindo-se ao trabalho de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, reproduziu que, na **Inglaterra**, “é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos”, e, atualmente, “a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança” (BRASIL, 2016).

Continuando, nos **Estados Unidos**, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu artigo 16, dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo” (BRASIL, 2016).

Outrossim, o Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal afirmou que “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão” (BRASIL, 2016).

No **Canadá**, o código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os pro-

cedimentos para que a sentença seja imposta. A **Alemanha**, por sua vez, tem seu Código de Processo Penal prevendo efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Outrossim, na **França**, o artigo 465 do Código de Processo Penal prevê hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. Em **Portugal**, o Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições, e expõe que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. Já, na **Espanha**, o artigo 983 do Código de Processo Penal admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior. Finalmente, na **Argentina**, não há impedimento de que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, com restritos casos de diferimento (BRASIL, 2016).

Expôs, também, que a lei penal estabelece, como último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena, a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do Código Penal), ou seja, os recursos especial e extraordinário, além de não resolverem questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional, constituindo, assim, não um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, mas verdadeiro mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Nesse sentido, sustentou, também, a possibilidade de equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, mas salientou que, de igual forma, isso ocorre também nas instâncias extraordinárias, mas que, para tanto, são previstos mecanismos de inibição das consequências danosas ao condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como medidas cautelares para concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, em especial quando houver plausibilidade jurídica do recurso, tornando-se falaciosa a ideia de que o acusado possa estar desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin entendeu de igual forma, citando as palavras de Robert Jackson (Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954) de que “não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte,

uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra” (BRASIL, 2016), numa clara demonstração de que não é o trânsito em julgado que livra o réu de possíveis injustiças.

Relatou que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a CR.

E quando fez tal afirmação, fez questão de salientar que não se referiu aos princípios da duração razoável do processo ou mesmo da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, mas, principalmente, ao arcabouço recursal desenhado pela CR e ao *locus* nele ocupado pelo STF e STJ, cujo acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar às instâncias superiores exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Assim é que, ante tal raciocínio, fosse dado caráter absoluto à regra do artigo 5º, inciso LVII, da CR, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia se operar quando o acusado se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios, ou seja, significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada em concordância com o apenado.

De outro lado, o Ministro Luis Roberto Barroso lavrou voto entendendo pela possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau, porque não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade; porque a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes; e (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal (BRASIL, 2016).

Interessante que, em seu voto, fundamentou, pragmaticamente, que o entendimento pela execução provisória da pena permitiria “tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária”; diminuiria “o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”; e promoveria “a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento” (BRASIL, 2016).

Faz breve digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional, como mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da CR, sem que se opere qualquer modificação do seu texto, associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

Com tal fenômeno jurídico, entendeu se tratar, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito, ou seja, ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da CR, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou e, fundado nessa premissa, entendeu que a CR e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado, com múltiplos fundamentos que legitimam tal compreensão.

Outrossim, firmou entendimento de que, ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do artigo 5º, inciso LVII da CR poderia sugerir, o prin-

cípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois o pressuposto à decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber abriu divergência fundada, precipuamente, e como critério de julgamento, na manutenção da jurisprudência do STF, em respeito ao princípio da segurança jurídica (BRASIL, 2016).

Os Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanharam os votos dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016).

Também assim o voto do Ministro Gilmar Mendes, com o acréscimo da comparação com o Direito alemão, oportunidade em que citou a *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, que se lança contra uma decisão trânsita em julgado, lembrando o modelo que o então Ministro Peluso imaginou introduzir no ordenamento pátrio, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado (BRASIL, 2016).

O tema do princípio da presunção de inocência foi tratado pelo legislador de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Mas, para o recebimento da denúncia, já exige alguma coisa mais densa, a ideia da materialidade.

Assim é que o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, e sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de se tratar de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Mas, para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificulda-

de de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Assim é que o Ministro Gilmar Mendes entende que, “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária” (BRASIL, 2016).

De encontro aos votos até então predominantes, e convergente com o voto da Ministra Rosa Weber, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o preceito de inocência até o trânsito em julgado não permite interpretações, argumentando que, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (BRASIL, 2016).

Lembrou que, no campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo, e que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Com tal premissa, entendeu que a alteração da condenação em absolvição, não teria o cidadão devolvida sua liberdade.

De igual forma votou o Ministro Celso de Mello, registrando que a presunção de inocência *representa uma notável conquista histórica* dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder (BRASIL, 2016).

Sustentou que a consagração constitucional da presunção de inocência é direito fundamental de qualquer pessoa e há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nesse sentido, rebateu o argumento do direito comparado, entendendo se mostrar inadequado a invocação da prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), manteve posição anterior no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no artigo 5º, inciso LVII, da nossa CR (BRASIL, 2016).

Repisando parte do voto do Ministro Marco Aurélio, lembrou que, em se tratando de dinheiro e de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores.

Além disso, ressaltou que, com o entendimento adotado pelo Ministro Relator, a quantidade de prisões saltaria para além do suportável e, diante disso, acompanhou os argumentos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Embora tendo votado com o Ministro Relator, não houve transcrição do voto do Ministro Dias Toffoli.

O julgamento finalizou, portanto, com a maioria (sete votos pela denegação da ordem, entendendo pela possibilidade jurídica da execução provisória da pena, e quatro votos pela concessão da ordem, recusando tal interpretação).

O STF, em 17 de fevereiro de 2016, resgatou o entendimento em vigor até 2009, fazendo clara distinção entre presunção de inocência ou não culpabilidade e o direito a recursos extremos, com a discussão sobre a culpabilidade tendo como limite a confirmação (ou reforma) da decisão de primeira instância, justamente porque únicas aptas a revolver todo o arcabouço probatório, decidindo se houve o fato tido por criminoso, quais são suas circunstâncias e quem foi seu autor.

Os entendimentos levantados no julgamento, tanto pela concessão da ordem como pela denegação (predominante) tiveram os mais diversos fundamentos, tanto de ordem interpretativa como de ordem pragmática.

Interessante, nesse ponto, é que pragmático foi o argumento de que precisamos dar efetividade ao processo penal brasileiro, sustentando, assim, a possibilidade jurídica da execução provisória da pena, bem assim o oposto, quando se afirmar que isso causará a superlotação dos estabelecimentos penais. Parece que, entre um ou outro gume, a lâmina nos cortará!

De qualquer sorte, como pretensão inicial deste trabalho, o objetivo não é questionar o mérito da decisão no HC 126.292/SP do STF, mas sim extrair de alguns dos argumentos dos votos vencedores sua compatibilidade com a possi-

bilidade de execução provisória da pena decorrente da condenação pelo Tribunal do Júri.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

A CR, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, reconhece “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados”, dentre outros, “a soberania dos veredictos” (BRASIL, 1988).

Quando a CR expressa a soberania dos veredictos, quis dizer, como afirmado por Tourinho Filho, que nenhum órgão jurisdicional pode se sobrepor às decisões para exercer, simultaneamente, o *judicium rescindens* e o *judicio rescisorium*, imaginando que um Júri sem soberania é um corpo sem alma, uma instituição inútil (TOURINHO FILHO, 2004, p. 268).

Aliás, Tourinho Filho vai mais longe, entendendo que sequer a acusação poderia apelar, nestes casos, quando o acusado fosse absolvido, por ser a instituição criada com a finalidade de tutelar a liberdade, condenando quando se convencesse disso (e, nesse sentido, refere-se à apelação em favor da defesa), mas absolvendo quando não estivesse convicta da culpabilidade do réu, ou por entender que as circunstâncias do fato permitissem sua absolvição (TOURINHO FILHO, 2004, p. 273).

A soberania dos veredictos alcança o julgamento dos fatos, julgado pelos jurados, e não pode ser modificado por qualquer órgão do Poder Judiciário que venha a apreciar o recurso (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 976).

A colegialidade do veredicto do Tribunal do Júri permite um controle intraorgânico contra inúmeras formas de corrupção da atividade decisória, pois depende do convencimento de seus pares, e assim a arbitrariedade de um dos membros posta em prática é, no mínimo, dificultada, pois a desonestidade, para que se perpetue, depende do conluio, necessário de ao menos mais outros três membros do colegiado, ou seja, necessário o conluio ou, no mínimo, o exame negligente da causa pelos demais jurados (pelo menos três) de forma a que a intenção de manipular o julgamento, pelo membro corrompido, possa se concretizar do ponto de vista prático, alcançando a maioria (SOKAL, 2012, p. 102). Disso surge que, não só sendo o povo a julgar, como um colegiado representativo dele, a soberania de seu veredicto.

De qualquer sorte, a soberania das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença é da essência do sistema, não se podendo cogitar se possa desautorizar a vontade popular com a possibilidade de reforma de sua decisão (VALE, 2014, p. 328).

Conceitualmente diverso daquele referente à soberania encontrada na política ou no Direito Internacional, ao júri se pretendeu dar um caráter de supremacia, de independência e de plenitude no âmbito de suas atribuições (VALE, 2014, p. 328).

E no direito estrangeiro, embora com matizes um pouco diversas, encontra-se similar definição de soberania nos julgamentos levados a efeito pelos jurados, embora o Conselho de Sentença, nos mais diversos países, tenha características próprias, mas nem por isso deixa de ter o componente essencial à manutenção da justiça democrática: a participação do povo.

Em Portugal, a soberania popular passa pela tarefa do “fazer justiça”, as quais podem ir desde a ação fiscalizadora do modo de atuar nos tribunais, passando pelo conhecido “júri” e até ao funcionamento de verdadeiros tribunais populares, com a inerente criatividade jurídica (VALE, 2014, p. 330).

No sistema jurídico inglês, o Tribunal do Júri é um direito que o indivíduo possui de ser julgado pelos pares, e a afirmação política e jurídica da “soberania do júri” significa que as decisões do denominado “Tribunal Popular” não podem ser modificadas, sem seu conteúdo, por outro órgão do Poder Judiciário, só se podendo recorrer caso a decisão – do júri – seja “manifestamente contrária as provas dos autos”, mas apenas no caso de condenação, não podendo haver recurso contra a decisão de um júri, em relação a absolvição das acusações contra um determinado acusado. Outrossim, são raros os casos de provimento de recursos tais, tendo em vista a extrema restritividade de conhecimento (VALE, 2014, p. 330-331).

Nos Estados Unidos, a soberania dos veredictos somente pode ser enfrentada por um mecanismo denominado *jury nullification*, que ocorre quando um júri absolve um réu que acredita ser culpado do crime que é imputado, ignorando os fatos do caso e/ou as instruções do juiz a respeito da lei. Mas as críticas de anulação têm-se centrado em seu potencial abusivo, o que tem sido desaprovado pela Suprema Corte, embora tenha admitido não ter poder para proibir os jurados, por meio de mecanismos existentes, de anular uma decisão proferida (VALE, 2014, p. 332-333).

Na Espanha, a revisão das decisões judiciais é um fundamento político das decisões do Poder Judiciário, que, no entanto, sofre uma série de restrições no âmbito do Tribunal do Júri. Nesse sentido, é interessante observar a consideração cedida em relação ao grau de vinculação política entre o Tribunal do Júri e a soberania popular, de sorte que o veredicto não precisa considerar somente uma decisão jurisdicional, mas também uma decisão adotada por cidadãos no exercício direito de um dos poderes do Estado. No campo probatório, as duas únicas possibilidades de conhecimento de um recurso contra as decisões dos Tribunais dos Jurados, conforme a Lei Orgânica do Tribunal do Júri previsto 846 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, são o indeferimento descabido de dissolução do tribunal do Júri, por inexistência de prova, e a vulneração do princípio da presunção de inocência, com a condenação baseada em prova não razoável (VALE, 2014, p. 334-335).

No direito Francês, a regra geral, é toda decisão sobre o processo, pode sempre, salvo disposição em contrário pode ser objeto de recurso. Contudo, em face da soberania dos vereditos não existe apelação contra as decisões dos jurados ditas *Cour d'Assises* ao julgar sobre matéria criminal, e que estando integrada por jurados que encarnam a soberania popular direta, estima-se que nada pode modificar suas decisões, salvo uma suposta violação da lei. No entanto, em face do artigo 2 do protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que prevê: "toda pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal terá o direito de ter sua condenação ou sentença revista por um maior tribunal". À vista disso houve revisão de tal impedimento, permitindo a revisão por um Tribunal Superior limitada a uma contrária aplicação da lei, como um recurso para o Tribunal Supremo (VALE, 2014, p. 337-340).

Essa breve incursão no direito estrangeiro serve para demonstrar que há distinção entre a sentença dada pelo juiz monocrático e o veredicto prolatado pelos jurados, não só pelo aspecto quantitativo, decisão unipessoal versus decisão colegiada, como pelo qualitativo, decisão sujeita a ampla reforma e decisão soberana. Ainda que soberana, de qualquer sorte, e em que pese o entendimento de alguns, no sentido de sequer caber recurso para qualquer das partes, a predominância é de que é possível conciliar os princípios do duplo grau de jurisdição com a soberania dos veredictos dos jurados (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 102).

Mesmo assim, é voz corrente que a instância superior jamais poderá substituir a decisão anterior por outra, e nas poucas possibilidades de submissão a novo julgamento, só poderá fazê-lo quando não houver qualquer indício que sustente a decisão dos jurados, nem mesmo quando a interpretação da prova existente for divergente (BONFIM, 2013, p. 627).

O Código de Processo Penal – CPP, em seu artigo 593, III, “d”, expõe que “caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias, das decisões do Tribunal do Júri, quando”, dentre outros, “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”, e, em caso de provimento, sujeitar-se-á o réu a novo julgamento, não se admitindo, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Assim é que somente a decisão destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados aos autos, sem base em qualquer elemento de convicção, é que pode ser anulada para que a outro julgamento possa o acusado ser submetido, tanto na hipótese de condenação quanto na hipótese de absolvição (apesar de alguns doutrinadores entenderem de modo diverso) (BONFIM, 2013, p. 830).

Portanto, é certo que, quando os jurados emitem juízo de valor acerca de determinada matéria (de fato) que lhes foi exposta, sua decisão, desclassificando, condenando ou absolvendo, não pode ser objeto de reforma. Quando muito, no mérito, pode ser anulada, na restrita situação de ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, equiparando-se ao verdadeiro *error in procedendo*. E, ainda assim, tal anulação só pode ocorrer uma única vez, ou seja, ainda que os entendimentos acerca da prova sejam diametralmente opostos, prevalecerá o entendimento dos jurados. Apenas questões processuais, sejam no aspecto legal ou constitucional, é que poderão ser revistas pela segunda instância, porque decididas monocraticamente pelo presidente do Tribunal do Júri. Mas qualquer questão decidida pelo Conselho de Sentença, que dirá a respeito da culpabilidade, terá como ponto final o seu veredicto. Aliás, essa a razão de ser o caráter soberano estabelecido pela CR.

Definido pelo STF que o princípio da presunção de inocência não é empecilho para que a sentença opere efeitos imediatos após decisão pela segunda instância e pelo argumento principal de que a culpabilidade teve sua discussão encerrada, de igual forma se raciocina com a condenação levada a efeito pelo

Tribunal do Júri, ainda que possa ser atacada pela via recursal (de uso restritíssimo, diga-se de passagem).

Os recursos contra a decisão dos Jurados não têm devolutividade ampla e o juízo rescisório é mitigado, uma vez que alcança apenas as decisões do juiz presidente, mas jamais as decisões dos jurados. Equivale a dizer: o princípio do duplo grau de jurisdição é restringido por força do princípio da soberania dos veredictos.

Diante disso, verifica-se que o papel da segunda instância nas decisões do Tribunal do Júri é o de controle sobre os atos praticados pelo juiz presidente, e de controle absolutamente restrito sobre aqueles praticados pelo Conselho de Sentença, nem mesmo se podendo falar em controle rescisório, pois não pode reformá-lo.

Com isso, conclui-se: enquanto as decisões tomadas pelo juiz de primeira instância, de forma monocrática, podem ser amplamente reformadas pelo colegiado de segunda instância (muitas vezes até monocraticamente), as do Tribunal do Júri não sofrem qualquer espécie de reforma, quando muito a anulação quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, e mesmo assim uma única vez.

Não há como negar, a segunda instância não tem como se imiscuir no mérito probatório, salvo a rara hipótese de nenhum indício ou prova existir que possa sustentar a decisão dos jurados (e somente uma vez), ou seja, a discussão sobre culpabilidade se encerra ,,,,,.

E, nos termos da decisão exarada no HC 126.292/SP do STF, o raciocínio utilizado para se pôr fim à discussão a respeito da culpabilidade transita no fato de que a condenação representa, por certo, um juízo dessa culpabilidade, superada a presunção de inocência, exaurindo-se na apelação o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado.

De se ressaltar, outrossim, o aparte realizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no voto do Ministro Gilmar Mendes, consignando que, “no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio” (BRASIL, 2016). Demonstra que raciocina, de igual forma, aos veredictos do Conselho de Sentença.

De igual forma a intervenção da Ministra Cármen Lúcia, ao exemplificar o caso de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois, respondendo solto, tendo o homem já formado outra família, e a criança, que tinha oito anos de idade, e que viu isso, dezesseis anos depois, aos vinte e quatro, nem entender mais o que está acontecendo (BRASIL, 2016). Ou seja, a sequência de recursos extraordinários (*latu sensu*) parece fazer disparar ainda mais a sensação de injustiça, pois atrasa a consequência da decisão e, quando aplicada, parece fazer mais injustiça ainda.

O Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2016), embora não tenha utilizado o princípio da soberania do veredicto dos jurados para basear seu voto, referiu que o princípio opõe-se frontalmente à concepção de que as decisões condenatórias dos jurados só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Isto, desconsiderando eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que são próprios.

De outro lado, o Ministro Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016), ao entender pela possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau, por não ofender o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, justificou a prisão pelo fato de a CR condicionar a culpabilidade e não a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; de a presunção de inocência ser princípio (e não regra), ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, e pelo esgotamento das instâncias ordinárias, entendo que esta lógica se ca ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Ora, se, nos procedimentos dedicados ao Tribunal do Júri, a análise da matéria de fato se esgota com o veredicto – soberano – dos jurados, tal qual quando ocorre nas decisões de segunda instância que condenam ou mantêm a condenação originária, é mister que a prisão como efeito da condenação, encerrada a discussão a respeito da culpabilidade, dê-se por imediato.

Se a soberania dos veredictos dos jurados impede a reforma de suas decisões, e a restritividade recursal limita as hipóteses de cassação da decisão, para

que outro julgamento seja proferido, sem vinculação aos casos em que ela não encontra base alguma (e não nas hipóteses em que há alguma versão ainda que minimamente plausível), há que se reconhecer que a conclusão do Conselho de Sentença põe um ponto final da discussão sobre os fatos e sua autoria.

Traçando um paralelo com o raciocínio utilizado no HC 126.292/SP, a apelação interposta contra a decisão que condena o acusado no Tribunal do Júri, de restrito campo de devolutividade, não tem o condão de reformar o veredicto e tampouco revolver as provas em sua amplitude, tal qual ocorre nos recursos extraordinários (*latu sensu*). Sendo possível, destarte, a imediata prisão do condenado, ainda que recorra, para início do cumprimento da pena, assegurada a possibilidade de concessão de *habeas corpus* nos casos em que o recurso seja manifestamente plausível (*fumus boni juris*).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa exposição, procurou-se traçar um paralelo entre a decisão tomada no HC 126.292/SP e os casos de condenação pelo Tribunal do Júri.

Demonstrou-se que a discussão sobre a culpabilidade tem limites dentro do sistema processual penal, dependendo da confirmação da condenação ou reforma da absolvição, na segunda instância, nos casos de procedimento comum e na maioria dos especiais, e, nos casos de procedimento do Tribunal do Júri, do veredicto soberano dos jurados.

De outro lado, trouxemos a lume os pontos de argumentação utilizados pelos Ministros do STF quando do julgamento do HC 126.292/SP. Em ambos os casos, ainda há previsão de recursos para além desse limite, mas excluída a reapreciação livre da prova até então produzida, como na maioria dos casos através dos recursos especial e extraordinário e, nos casos do Tribunal do Júri, da apelação prevista no artigo 593, inciso III, alínea “d”, do CPP.

A discussão sobre a culpabilidade, em ambos os casos, tem uma limitação processual definida e restrita ao julgamento da apelação, na maioria dos casos, e ao veredicto dos jurados.

Se, firmada a decisão acerca da prova da autoria e da materialidade, avaliadas as provas e analisados os fatos e suas circunstâncias, a discussão a seguir se limita a constatar ou não questões de ordem processual (legal ou constitucional), ou, no caso do Tribunal do Júri, a verificar se a decisão tomada foi

manifestamente contrária à prova dos autos (circunstância restritiva), cassando o julgamento anterior para que outro seja realizado. A prisão decorrente da condenação pode e deve ser decretada, para início do cumprimento da pena, em ambos os casos, as eventuais distorções podem ser corrigidas pela via de medidas cautelares ou *habeas corpus*.

Entretanto, o objetivo do presente trabalho foi demonstrar a distinção entre a sentença proferida nos autos de forma monocrática e o veredicto prolatado pelos jurados. Merecendo, portanto, igual distinção em relação aos seus efeitos quando interposto recurso contra eles, tendo em vista que, na primeira hipótese, o reexame amplo das provas é possível até julgamento da apelação com a possibilidade de igualmente ampla reforma da decisão e, na segunda hipótese, apenas a absoluta ausência de provas é que permite apenas uma nova submissão do acusado a novo julgamento, sem qualquer possibilidade de reforma.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992b. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992a. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília (DF), 28 de junho de 1991. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 nov. 1992c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília (DF), 13 de setembro de 1995. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85886, da 2ª Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma. Brasília (DF), 06 de setembro de 2005. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 maio 2016.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 11 agosto 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

FRANÇA. Senado Francês. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atua. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SOKAL, Guilherme Jales. **O julgamento colegiado nos tribunais**: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. 2 rev. Bahia: JusPodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 9 maio 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:pt:PDF>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

VALE, Ionilton Pereira do. **O tribunal do júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014.