

Título: A constitucionalidade da execução provisória da pena no tribunal do júri.

Autor: Rafael Schwez Kurkowski. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, titular da Promotoria de Justiça de Aquidabã, atualmente exercendo as suas atribuições como Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor de Processo Penal e de Execução Penal da Faculdade Pio Décimo – FAPIDE (Aracaju/SE). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela FAPIDE. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>>. E-mail: rafaelsk@mpse.mp.br.

Sumário: 1 Introdução. 2 A exigência do cumprimento imediato da decisão do júri em função da sua legitimidade popular. 3 O respeito dos direitos fundamentais pela execução provisória da pena no tribunal do júri. 3.1 Duplo grau de jurisdição: exigência de julgamento por órgão colegiado. 3.2 Plenitude de defesa: a defesa técnica persiste atuando após a condenação. 3.3 Contraditório: a bilateralidade do ato permanece garantida ao réu. 3.4 Razoável duração do processo: as funções da pena exigem o cumprimento célere da sanção criminal. 3.5 Devido processo legal processual e substantivo. 3.6 Ponderação: prevalência da segurança pública em relação à presunção de inocência do réu condenado pelo conselho de sentença. 3.6.1 Segurança pública: da prevenção à repressão de crimes. 3.6.2 Presunção de não-culpabilidade: princípio relacionado ao ônus da prova do qual se desincumbe o Ministério Público quando sobrevém a sentença condenatória. 3.6.3 Ponderação entre a segurança pública e a presunção de inocência após a condenação pelo conselho de sentença. 4 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Hábeas-Córpus¹ (HC) n. 126.292/SP, em fevereiro de 2016, no qual se decidiu que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Essa decisão do HC n. 126.292/SP serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes.² Em outubro de 2016, o STF reforçou esse entendimento ao indeferir a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) ns. 43 e 44, cujo objeto versa sobre o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP). O objetivo dessas ADCs é a declaração de que a execução da pena apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em novembro de 2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 964.246RG/SP, com repercussão geral, o STF reafirmou o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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”. Na sequência, em março de 2017, o STF, no julgamento do HC n. 140.213/SP, reprimando o entendimento sustentado no HC n. 84.336/RS (2004), decidiu que a execução provisória tem cabimento nas ações penais originárias, “uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária”.³

Assim, pacificou-se, embora não por unanimidade, o cabimento da execução provisória da pena. Contudo, não houve reflexão específica a respeito da possibilidade da execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri, imediatamente após a decisão do conselho de sentença. A exceção consistiu no HC 118.770/SP, cuja ementa, dada a relevância desse precedente ao presente trabalho, segue transcrita:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a **soberania dos veredictos** (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da **presunção de inocência** ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no

¹ Sobre a forma hábeas-córpus, Kaspary ensina: “Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em corpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc”. (KASPARY, 2005, p. 115-116.)

² STF, 2ª T., AR n. 737305, Rel. Gilmar Mendes, J. em 28/06/2016; STJ, 5ª T., HC n. 346.721/MG, Min. Felix Fischer, J. em 01/09/2016.

³ Este também é o atual entendimento do STJ: STJ, 5ª T., HC n. 383.616/RJ, Rel. Reynaldo Fonseca, J. em 28/03/2017; STJ, 5ª T., HC n. 388.863/AP, Rel. Ribeiro Dantas, J. em 06/06/2017.

ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. **Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”** [sem grifos no original] (STF, 1ª T., HC n. 118770, Rel. Roberto Barroso, J. em 07/03/2017)

Com efeito, a especialidade do tribunal do júri demanda um entendimento diferenciado em relação à execução provisória da pena. A soberania dos veredictos, a qual decorre do caráter democrático do júri, e a proporcionalidade, vista enquanto proibição da proteção insuficiente, permitem a execução provisória da pena logo depois da decisão dos jurados, o que justifica o interesse do presente trabalho.

O objetivo deste artigo consiste em demonstrar a compatibilidade da execução provisória da pena, no tribunal do júri, imediatamente após a decisão condenatória do conselho de sentença, com a Constituição Federal. A interpretação sistemática desta prima pela sua unidade. Para tanto, mediante análise documental e revisão bibliográfica, sustentam-se duas hipóteses. A primeira advoga que o aspecto democrático do júri, o qual ampara a soberania dos veredictos, justifica que a sua decisão seja cumprida imediatamente, sem a necessidade de aguardar o julgamento de eventual apelação interposta contra a sentença condenatória. Já a segunda hipótese argumenta que a execução provisória da pena respeita os direitos fundamentais, inclusive o princípio da presunção de inocência⁴, o qual deve ser ponderado, por intermédio da proporcionalidade, enquanto proibição da proteção deficiente, com a segurança pública. Nessa ponderação, privilegia-se a segurança pública mediante a execução provisória da pena em relação ao réu a quem, não obstante, continua garantida a plena defesa.

2 A EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO DO JÚRI EM FUNÇÃO DA SUA LEGITIMIDADE POPULAR

O tribunal do júri tem natureza dúplice. Trata-se de direito fundamental do réu de ser julgado pelos seus pares, e não por um juiz direito, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Na condição de direito fundamental, o júri constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), motivo por que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico.

Mas o júri também se afigura como um “direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar os seus infratores”. (CAMPOS, 2010, p. 4). Mais do que um direito social, todavia, o júri é um sustentáculo da democracia. Na condição de órgão constitucional, ele constitui legítima manifestação de soberania popular relacionada à democracia participativa. (NASSIF, 2008). Enquanto o magistrado presidente faz uma representação indireta do povo, o conselho de sentença traduz representação direta do povo (TUCCI, 1999, p. 35), que é próprio titular do poder executivo, legislativo e judiciário (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Com efeito, ao lado do plebiscito, do referendo e da iniciativa legislativa popular, o júri caracteriza-se por ser um instrumento de participação direta do cidadão no Poder Judiciário, pois “no Júri o povo exerce a função jurisdicional de maneira direta, sem intermediários”. (VIVEIROS, 2003, p. 59). Assim, enquanto o magistrado “exerce a função jurisdicional – que é função do Estado, e não do órgão que a manifesta – por delegação do poder político, a jurisdição do Júri é exercida diretamente pelo titular originário deste poder: o povo, o que lhe confere autêntica legitimidade popular”. (VIVEIROS, 2003, p. 68-69).

A administração da justiça diretamente pelo povo, por intermédio do tribunal do júri, é fruto do princípio democrático. (RANGEL, 2015, p. 19). Bobbio caracteriza a participação política do povo como liberdade positiva, quando o povo toma decisões, o que se relaciona a uma dimensão coletiva da sociedade. Na liberdade negativa, ao revés, o titular goza apenas de direitos, no mais das vezes, de feição negativa, a exemplo da liberdade de opinião. Sob essa óptica, a liberdade negativa está relacionada a uma concepção individual da sociedade, pois exalta o indivíduo, que é titular de direitos. (BOBBIO, 1997, p. 62).

Por outro lado, o júri não é órgão do Poder Judiciário, segundo sustenta Nassif, porquanto, além de não estar previsto no art. 92 da CF, ele não está submetido ao dever de fundamentar as suas decisões, o qual é exigível dos magistrados (art. 93, IX, da CF). E o fato de ele ser presidido por um magistrado não tem o condão de torná-lo órgão do Poder Judiciário. O raciocínio é o mesmo no caso dos crimes de responsabilidade (*impeachment*), em que o Senado, apesar de ser presidido pelo presidente do STF, não se converte em órgão do Poder Judiciário. (NASSIF, 2008, p. 25-28).

Diante desses argumentos, constata-se que o júri reforça a democracia ao permitir que o cidadão participe do governo, notadamente ao conceber a participação direta do cidadão na administração da justiça.

⁴ Este trabalho segue a linha doutrinária, a exemplo de Nucci e Nicolitt, que considera presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência sinônimos. (NUCCI, 2006, p. 53; NICOLLIT, 2014, p. 150). Registra-se, contudo, a existência de doutrina que estabelece diferenciação a respeito. Por todos, vide Rangel. (RANGEL, 2010, p. 25).

Apresentada a natureza jurídica do tribunal do júri – direito fundamental do réu e instrumento de democracia participativa –, observa-se que, como o povo é titular do Poder (tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário), tem direito a exercê-lo. Por conseguinte, devem-se evitar restrições ao exercício desse direito, sob pena de ofensa direta à democracia. Vale dizer: a desconsideração da vontade da sociedade, traduzida pela decisão do conselho de sentença, enfraquece a democracia.

Justamente para evitar uma limitação excessiva do direito de a sociedade participar na administração da Justiça, por intermédio do júri, a Constituição Federal outorgou soberania ao veredicto decorrente do seu julgamento. Soberania está ligada à ideia de poder supremo, o qual, se exercido de forma coerente com os ideais do povo, não comporta restrição. Logo, o que fundamenta a soberania dos veredictos do júri é o aspecto democrático deste.

Designadamente, a soberania do júri representa o objetivo do constituinte originário de conferir às decisões do Júri popular o “caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão do Estado. Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificado pelos juízes profissionais”. (VIVEIROS, 2003, p. 23). Por essa razão, a apreciação do fato criminoso é de competência exclusiva do conselho de sentença, tanto que as hipóteses de recurso contra a decisão do júri são mais restritas, de fundamentação vinculada a uma das quatro situações do art. 593, III, do CPP, ou seja, 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; e *d*) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Dessas quatro, apenas a prevista na alínea *d* permite a revisão – parcial – do entendimento dos jurados quanto à materialidade e à autoria do crime, mas somente quando a decisão for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[d]ecisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório.”⁵ Nesse caso, entretanto, para garantir a soberania do júri, a revisão do entendimento dos jurados é apenas parcial, pois o juízo *ad quem* se limita a fazer o juízo rescindendo e determina o retorno dos autos a um novo conselho de sentença, o qual apreciará o fato e decidirá (art. 593, § 3º, do CPP). Por consequência, a conclusão do conselho de sentença não pode ser alterada pelo tribunal *ad quem*.

De fato, a inalterabilidade da conclusão dos jurados sobre o fato criminoso sob julgamento decorre da soberania dos veredictos. Todavia, na medida em que o júri representa um instrumento da democracia participativa, o raciocínio deve ir além. Não devem ser admitidas manobras, quaisquer que sejam, tendentes a restringir a participação popular na administração da Justiça Criminal. Uma dessas manobras consiste justamente em não conferir efeito imediato à vontade soberana dos jurados quando eles decidem pela condenação do réu.

O não cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença constitui séria e inadmissível ofensa à democracia. A expedita prisão do réu, após a decisão condenatória do conselho de sentença, traduz o exercício da função dos jurados (cidadãos) de julgar. Essa decisão, em função da sua soberania, é praticamente irrevisável quanto à conclusão dos jurados sobre o fato criminoso julgado (materialidade e autoria), tirante a exceção da apelação fundada no art. 593, III, *d*, do CPP. Mesmo nessa exceção, impõe-se a elisão do efeito suspensivo da apelação em nome da defesa da democracia, considerando principalmente a interpretação restritiva sobre o conceito de decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos, que vem a ser aquela que não encontra amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída do processo.

Do contrário, o poder, incluindo o jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – será um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Qual a serventia da titularidade do poder, então?

De outra parte, a parcela de responsabilidade do conselho de sentença pela sentença (condenatória) exige o seu cumprimento imediato. Ora, se os jurados – apenas eles – são responsáveis pela decisão quanto ao fato criminoso, e porque essa decisão não pode ser modificada pelos magistrados togados, ela deve ser cumprida imediatamente. A propósito, com mais razão ainda, o entendimento deve ser o mesmo para a hipótese de absolvição pelo conselho de sentença: inexistente alternativa que permita a continuidade da prisão eventualmente já decretada.

Registra-se que a prisão imediata do réu condenado já era consequência decorrente da soberania do júri prevista no processo penal romano, talvez a primeira forma de julgamento colegiado, pelo sistema do júri, que o mundo conheceu. Nesse processo, “a sentença era (alias, só podia ser...) emitida com base na votação [dos jurados], e não ficava sujeita a qualquer espécie de revisão, exceto à *restitutio in integrum*, pronunciada por magistrado superior”, em casos de vícios formais apenas, como a incompetência do órgão julgador, mas nunca com reapreciação do fato. (TUCCI, 1999, p. 15-16).

Por outro lado, dada a semelhança do júri com o plebiscito e o referendo, especialmente a sua feição democrática enquanto instrumento da democracia participativa, o mesmo tratamento deve ser aplicado a esses três institutos. Assim, se se confere efeito imediato ao resultado do plebiscito e do referendo – depois da votação,

⁵ STJ, 5ª T., HC n. 358.963/PR, Rel. Reynaldo Fonseca, J. em 01/06/2017.

o cumprimento do resultado não fica no aguardo de alguma providência –, o mesmo procedimento deve ser adotado quanto à decisão do tribunal do júri.

O respeito à soberania do veredicto do júri é obtido quando a vontade soberana dos jurados é cumprida, desde logo. Assim, na hipótese de decisão de condenação, a prisão do réu deve ser imediata.

Chega-se, portanto, à primeira conclusão parcial deste trabalho: o caráter democrático do tribunal do júri exige o cumprimento imediato da sua decisão, ainda que em caráter provisório.

3 O RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A execução provisória da pena, no tribunal do júri, respeita os direitos fundamentais, circunstância que revela a sua constitucionalidade.

Em um primeiro momento, analisar-se-á a observância dos direitos fundamentais consistentes no duplo grau de jurisdição, na ampla defesa, no contraditório, no devido processo legal e na razoável duração do processo. A escolha desses direitos fundamentais justifica-se porque uma leitura perfunctória do art. 5º da CF sugere uma influência da execução provisória sobre eles.

Em um segundo momento, será feito um estudo específico sobre a segurança pública e a presunção de inocência, notadamente quanto à ponderação entre elas a ser exercida mediante a proporcionalidade, enquanto proibição da proteção insuficiente. Nessa colisão, a segurança pública prevalece e justifica a execução provisória da pena do réu, a quem, contudo, continua garantida a plenitude de defesa. Escolheu-se o princípio da presunção de não-culpabilidade porque ele consiste, para o posicionamento que inadmite a execução provisória da pena, no maior óbice a esta⁶; e elegeram-se a segurança pública porque, à guisa da fundamentação abaixo, ela é um dos principais fatores permissivos da execução provisória.

3.1 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: EXIGÊNCIA DE JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO

Ensina-se que o duplo grau de jurisdição assegura a revisão da matéria fática, além da de direito, por um órgão hierarquicamente superior ao prolator da decisão. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 23). Todavia, o STF entende que esse princípio não é absoluto, comportando exceções, dadas as hipóteses de ações penais originárias, nas quais sucede o julgamento em única instância⁷. São as hipóteses previstas no art. 102, I, *b* e *c*, da CF. Assim, “há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais”. (MORAES, 2006, p. 73). Isso ocorre porque esses recursos não examinam a matéria de fato que subjaz a demanda.

Não obstante, o duplo grau de jurisdição foi adequadamente analisado por Douglas Fischer, no sentido de que o princípio em tela apenas assegura um julgamento por órgão colegiado, seja originariamente, seja em grau recursal. O objetivo reveste-se de caráter político e consiste em evitar os riscos de injustiças decorrentes de decisão exarada por um juízo monocrático, que, justamente por decidir sozinho, estaria sujeito a uma probabilidade maior de cometimento de erros. (FISCHER, 2009, p. 16).

Essa conceituação permite entrever o duplo grau de jurisdição mesmo nas ações penais que envolvem prerrogativa de foro no STF, já que, apesar da instância única, o julgamento é realizado por um órgão colegiado. Da mesma forma, o duplo grau de jurisdição é exercido no tribunal do júri, pois a decisão final já é dada por um órgão colegiado: os sete integrantes do conselho de sentença. É por esse motivo, aliás, que a revisão pelos magistrados togados sobre o entendimento dos jurados quanto ao fato criminoso só é possível se ela for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Se a decisão sobre o fato criminoso não for *manifestamente* contrária, ela é irrevisável, a despeito de haver sido tomada por um órgão judiciário de primeiro grau – mas colegiado.

3.2 PLENITUDE DE DEFESA: A DEFESA TÉCNICA PERSISTE ATUANDO APÓS A CONDENAÇÃO

A plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, da CF) cuida da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) aplicada no âmbito do tribunal do júri. É assegurada mediante o exercício da autodefesa, que é renunciável, e da defesa técnica, a qual é irrenunciável. Aquela tem lugar, por excelência, no primeiro grau de jurisdição (ou no grau originário), pois é exercida mediante o direito de presença – acompanhamento de toda a instrução probatória – e o direito de audiência – direito de ser ouvido pelo julgador, o que ocorre no interrogatório. A defesa técnica, por sua vez, é garantida mediante o patrocínio por advogado, a qual se justifica na presunção de hipossuficiência

⁶ Por todos, deve ser conferido o seguinte julgado: STF, Trib. Pleno, HC 84.078/MG, Rel. Eros Grau, J. em 05/02/2009. Por esse hábeas-cópus, que se transformou em paradigma entre os anos de 2009 e 2016, o STF, revisando o seu entendimento sustentado desde a Constituição Federal de 1988 (STF, HC n. 67707/RS, Rel. Celso de Mello; STF, HC n. 67857/SP, Rel. Aldir Passarinho), argumentou que o princípio da presunção de inocência impedia a execução provisória da pena. Contudo, em 2016, por intermédio do HC n. 126.292/SP, como já apontado, o STF voltou a permitir a execução provisória da pena.

⁷ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: STF, Trib. Pleno, RHC 79785, Rel. Sepúlveda Pertence, J. em 29/03/2000; STF, 2ª T., AI 601832 AgR, Rel. Joaquim Barbosa, J. em 17/03/2009.

jurídica do sujeito passivo para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. (LOPES JR., 2012, p. 243). A defesa técnica tem lugar durante todo o processo de conhecimento, avançando inclusive para o de execução, dada a imprescindibilidade da presença do advogado para a prática de qualquer ato que possa resultar em prejuízo ao réu.

Por conseguinte, considerando que o réu mantém a sua (plena) defesa garantida por advogado na hipótese da execução provisória da pena, esta não implica nenhuma ofensa ao princípio da plenitude de defesa.

3.3 CONTRADITÓRIO: A BILATERALIDADE DO ATO PERMANECE GARANTIDA AO RÉU

O contraditório representa a bilateralidade do ato processual. É o instituto que permite ao sujeito contra quem é deduzida alguma pretensão apresentar a sua defesa. Assegurando-se condições de igualdade à acusação e à defesa, o processo judicial confere iguais chances a elas para permitir “a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz [incluindo os jurados] e, assim, para o provimento final almejado”. (OLIVEIRA, 2009, p. 38). Para tanto, as partes litigantes devem ser informadas acerca dos atos processuais.

Sob a óptica da defesa, esta é intimada, já na sessão de julgamento, sobre a sentença condenatória do magistrado que, cumprindo a vontade soberana dos jurados, deve determinar a execução provisória da pena. Em decorrência dessa intimação, a defesa já poderá valer-se de medidas processuais para combater o mandado de prisão que reputa ilegal. Por essa razão, a propósito, constou, na ementa colacionada na introdução deste trabalho, que, “[c]aso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso”.

A execução provisória respeita, portanto, o contraditório.

3.4 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AS FUNÇÕES DA PENA EXIGEM O CUMPRIMENTO CÉLERE DA SANÇÃO CRIMINAL

Os direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF pertencem, evidentemente, aos réus dos processos em geral. Contudo, a sociedade, sob o ponto de vista coletivo, também é titular deles. Assim, enquanto o réu tem o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), a sociedade também o tem. E deve exigir a sua observância por parte de todos, tanto do particular, para que não provoque medidas meramente protelatórias no curso do processo, quanto das autoridades públicas, para que não tardem em implementar os seus direitos.

De outra parte, a pena criminal tem uma função dúplice: punitiva, no sentido de castigar o réu que cometeu um crime, e preventiva, sob os aspectos da prevenção geral (incentivar as pessoas para que não pratiquem crimes) e da prevenção especial (admoestar o próprio réu para que não reincida na prática delitiva).

Para o desempenho das suas funções, é essencial que a aplicação da pena não seja temporalmente muito distante da prática do crime. Sobretudo no júri, a mora no julgamento é diretamente proporcional à elevação do aumento das chances de absolvição. A sociedade não logra entender o motivo da aplicação de pena a um réu que, há muito tempo, cometeu um único desvio, qual seja, um homicídio. Sem reincidir na prática criminosa, esse réu, anos depois, constituiu família e tem vida social e profissional regulares. Em processos desse jaez, há uma cediça tendência de os jurados absolverem o réu. A propósito, esta foi exatamente a conclusão de um estudo estatístico sobre os processos envolvendo crimes dolosos contra a vida: “Quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do tribunal do Júri ultrapassa 8 anos aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu”. (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017, p. 11).

Dessa forma, a execução provisória atende ao princípio da razoável duração do processo.

3.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL E SUBSTANTIVO

O devido processo legal “processual” representa a observância de um procedimento previamente estabelecido em lei para que o processo judicial chegue ao seu termo. A execução provisória da pena, no tribunal do júri, é consequência do procedimento estabelecido pela lei, resultando da exegese já apresentada neste trabalho: para garantir o respeito à democracia, num contexto em que a decisão soberana do conselho de sentença já é tomada por órgão colegiado e pode ser revista, quanto ao fato criminoso, apenas na restrita hipótese de ela ser *manifestamente* contrária à prova dos autos, é necessário o cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença. E a atual legislação processual permite essa execução imediata.

Já pelo devido processo legal “substantivo”, o STF tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os atos normativos submetidos ao seu crivo. Ou seja, toda e qualquer norma jurídica poderá ter sindicada a sua validade constitucional se acusada de violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (ou do devido processo legal substantivo). (ALVES JR., 2014, p. 114).

No item abaixo, será realizado o estudo da proporcionalidade da execução provisória da pena no âmbito do tribunal do júri.

3.6 PONDERAÇÃO: PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA PÚBLICA EM RELAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO RÉU CONDENADO PELO CONSELHO DE SENTENÇA

Após a exposição que será feita da segurança pública e da presunção de inocência, apenas nos aspectos pertinentes ao presente trabalho, será estudada a ponderação que deve ser realizada entre elas a fim de resolver o conflito que se estabelece em se tratando da execução provisória da pena no júri.

3.6.1 Segurança pública: da prevenção à repressão de crimes

A segurança pública constitui direito fundamental individual (art. 5º, *caput*, da CF). Entendida como direito de primeira geração – cunho negativo –, ela exige do Estado uma abstenção para não turbar a liberdade de cada indivíduo. Por essa razão, exemplificativamente, é defeso ao juízo criminal conceder uma medida cautelar se inexistir o *fumus comissi delicti* (art. 312, *in fine*, do CPP).

Além disso, a segurança pública consiste em direito fundamental coletivo (art. 6º, *caput*, da CF). Como direito de segunda geração – cunho positivo –, ela exige dos seus destinatários que empreendam ações positivas para garantir a segurança de todos. Aqui, já se pode iniciar a materialização de um verdadeiro dever de o Poder Judiciário também primar pela garantia da segurança pública.

Em continuação, a segurança pública traduz objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I e IV, da CF). Pela posição topográfica desse art. 3º, que vem logo depois de a Constituição Federal afirmar que “[s]ão poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da CF), percebe-se que o Judiciário, por ser um dos Poderes integrantes da República, está plenamente vinculado aos objetivos de construir uma sociedade livre e justa bem como de promover o bem de todos.

A essa altura, já é possível a cogitação acerca de um princípio, no sentido vulgar, de segurança pública, ou seja, como um valor ideal a ser perseguido pelos destinatários da Constituição Federal.

Lado outro, a segurança, estando prevista no preâmbulo da Constituição Federal, deve ser vista como elemento de interpretação e de integração. Segundo Alexandre de Moraes, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, porquanto deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, sendo, portanto, uma de suas linhas mestras interpretativas. (MORAES, 2006, p. 15). Em consequência, toda e qualquer interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a presunção de não-culpabilidade, deve observar a segurança.

No sistema penal pátrio, a segurança tem um viés preventivo, notadamente exercido pela Polícia Militar (e pela Polícia Federal, no âmbito da União), e um viés repressivo. Este é desempenhado pelos três Poderes. Pelo Poder Executivo, na figura da polícia civil, a quem compete investigar as condutas criminosas. Pelo Poder Legislativo, mediante a edição de leis penais incriminadoras que se destinam a resguardar as violações mais graves aos direitos fundamentais.

Já pelo Poder Judiciário, a segurança também deve ser desempenhada, pois ele integra o Estado, a quem a Constituição incumbiu da proteção dos direitos dos indivíduos. O julgamento do processo criminal e a execução da sanção estão ontologicamente relacionados à pena criminal, que tem a função, inclusive constitucional, de defender os direitos fundamentais. Como é o Poder Judiciário quem detém o monopólio na realização dos julgamentos e na determinação da execução penal, ele é corresponsável pela garantia da segurança pública. Acertadamente, então, o “dever de garantir a segurança está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. (FISCHER, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “resta indubitosa a existência do direito da sociedade-coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”. (LIMA, 2015, p. 318).

É claro que a atuação do Poder Judiciário, no tocante à segurança pública, é subsidiária, e não principal. Segundo a visão de Carvalho, o Judiciário tem a função residual de segurança pública quando ela for consequência de uma regular função jurisdicional: “No entanto, essa função residual só se legitima se a decisão for produzida como produto de uma adequada ponderação de bens, utilizando-se o princípio da proporcionalidade, para proteger bens constitucionais concretamente ameaçados.” (CARVALHO, 2006, p. 223).

Assim, a segurança pública envolve, concomitantemente, a prevenção e a repressão de condutas criminosas. A repressão, especialmente, pressupõe um sistema judiciário eficaz, que, quando comprovada a culpabilidade do criminoso, implique a sua punição, em tempo razoável.

3.6.2 Presunção de não-culpabilidade: princípio relacionado ao ônus da prova do qual se desincumbe o Ministério Público quando sobrevém a sentença condenatória

Positivada no art. 5º, LVII, da CF, a famigerada presunção de não-culpabilidade ou de inocência consiste em regra de tratamento ligada ao ônus da prova, e não em regra de direito material. Ela simplesmente

impõe todo o ônus da prova quanto à materialidade e à autoria do crime ao acusador. Segundo Nucci: “O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”. (NUCCI, 2006, p. 53).

Ferrajoli, ao estudar o princípio da inocência enquanto regra de juízo, atrela-o ao sistema acusatório, no qual a verdade é relativa ou formal, sendo estabelecida por intermédio do embate de argumentos entre a acusação e a defesa. Pontualmente, ele aduz que, “[s]endo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”. (FERRAJOLI, 2014, p. 562).

Da presunção sob exame, origina-se o *nemo tenetur se detegere*, pois o agente, de fato, não tem qualquer obrigação ou dever de colaborar na investigação do fato. Trata-se, ainda, de típico direito fundamental de primeira geração, de feição negativa e ligado à liberdade, impondo abstenção do Estado.

Quando sobrevém a sentença condenatória, o órgão acusador já se desincumbiu, por completo, do seu ônus de demonstrar ao julgador a existência da materialidade e da autoria. Já aqui se denota que a execução provisória da pena – que apenas pode ocorrer *após* a sentença condenatória – em nada afeta a presunção de inocência.

Todavia, existe uma leitura isolada e pontual do art. 5º, LVII, da CF, que leva à conclusão equivocada sobre a impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No limite desse entendimento, as prisões eminentemente cautelares, tais como a temporária (Lei n. 7.960/1989) e a preventiva (art. 311 do CPP) restariam inviabilizadas.

Demonstrar-se-á, mais adiante, que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, preferível em relação à interpretação meramente gramatical, revela esse equívoco e conduz à conclusão diversa.

3.6.3 Ponderação entre a segurança pública e a presunção de inocência após a condenação pelo conselho de sentença

Segundo Scarance Fernandes, a harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública é uma das tendências do direito processual penal contemporâneo, que busca o equilíbrio entre assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos fundamentais e dotar os sistemas persecutórios de maior eficiência para fins da segurança social. Nesse ponto, os direitos fundamentais da liberdade e da segurança conferem aos indivíduos o direito a que o Estado atue positivamente para estruturar órgãos e criar procedimentos que, concomitantemente, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade. (FERNANDES, 2008, p. 231-233).

Mir Puig também fala da necessidade de conciliação de princípios contrapostos: a “necessidade de limitar a potestade punitiva estatal frente ao cidadão, submetendo-a ao império da lei e ao respeito de todos os direitos fundamentais, e a proteção eficaz frente ao delito, entendido como ataque a direitos e interesses pessoais ou coletivos dos cidadãos” (tradução nossa). (PUIG, 2011, p. 59).

A colisão entre princípios é solvida, em cada caso concreto, pela técnica da ponderação. Como os direitos fundamentais, pela sua estrutura, “são o exemplo mais claro de princípios que temos no ordenamento jurídico”, a colisão entre eles ou entre princípio e direito fundamental também se soluciona pela ponderação. (PULIDO, 2013, p. 93). Ademais, a ponderação igualmente tem cabimento para a solução de conflitos envolvendo bens coletivos, a exemplo do meio ambiente ou da segurança pública. (ALEXY, 2014, p. 181-182). Em todos esses casos, a ponderação decorre, fundamentalmente, da característica de os princípios, direitos ou bens coletivos em colisão serem *abstratos*, circunstância que demanda sua limitação ou restrição para fins da harmonização pretendida. (ALEXY, 2015a, p. 48).

Ponderação, segundo Pulido, é a “atividade consistente em sopesar dois princípios que entram em colisão em um caso concreto para determinar qual deles tem um peso maior nas circunstâncias especificadas e, portanto, qual deles determina a solução para o caso”. (PULIDO, 2013, p. 93). É inarredável o estudo da *lei da ponderação* ou *lei do sopesamento*: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 2015b, p. 167).

Para a análise da ponderação, deve ficar consignada a inexistência de princípios com valor absoluto. Nem mesmo a vida é um direito absoluto, tendo em vista o cabimento da pena de morte, no caso do art. 5º, XLVII, da CF, e do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, no art. 128, II, do CP. Conforme Alexy, inexistente princípio com valor absoluto porque princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das suas possibilidades fáticas e jurídicas, o que revela o seu caráter *prima facie*, e não de mandamento definitivo. Logo, princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”. (ALEXY, 2015b, p. 90, 103-104). Se uma das características fundamentais dos princípios consiste na variabilidade da sua satisfação, o princípio absoluto, por ser invariável, não pode existir.

Da inexistência de princípios e direitos com valor absoluto, tem-se que o intérprete deve, sempre, se valer de uma interpretação sistemática das normas. Nenhuma norma deve ser interpretada isoladamente, como se não estivesse inserida num contexto normativo maior que lhe dá sentido e suporte. (BOBBIO, 1999, p. 19). Exatamente por isso, o ex-ministro do STF Eros Grau ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. (GRAU, 2006, p. 44). Logo, nenhum direito fundamental – nem mesmo o que garante a liberdade –

pode ser interpretado “em tira”, como se não estivesse inserido num contexto no qual outros direitos possam entrar em rota de colisão com ele.

A proporcionalidade, por sua vez, consiste na ferramenta pela qual se faz a ponderação entre princípios que colidem entre si. Sua natureza jurídica é de postulado normativo, ou seja, uma “metanorma”. Postulados são, para Ávila, “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. (ÁVILA, 2004, p. 90). Vale dizer, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

A proporcionalidade, teoria decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2005, p. 3), pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Ußermassverbot*), de cunho negativo, ou seja, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva ou desarrazoada sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2004, p. 90).

Todavia, cada vez mais ganha importância a utilização da proporcionalidade como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Ußermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como *proibição de insuficiência*. (SILVA, 2002, p. 41). Assim, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros. (SARLET, 2005, p. 3). Conforme Maria Streck, a proibição de proteção deficiente permite ao jurista verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental, pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados. (STRECK, 2009, p. 101).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção (“se” existe o dever de proteção) –, analisa-se se há um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência (“como” se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade. Tais medidas, tendo em vista o seu cunho regulamentador, não são de competência da Constituição, mas da legislação ordinária. É exatamente nesse ponto que sucede a vinculação do próprio Poder Judiciário à proibição de insuficiência: a interpretação e a integração do direito, visto este como a legislação, são tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, as quais são essenciais para a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Se o juiz não cumprir a sua tarefa, “se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”. (CANARIS, 2012, p. 124).

A essa quadra, afigura-se essencial compreender que, no Brasil, o dever de garantir a segurança está positivado na Constituição (primeiro nível – imperativo de tutela). Já o legislador ordinário brasileiro se desincumbiu do seu dever de proteção, visto no segundo nível (proibição de insuficiência), ao aprovar legislação que permite ao tribunal de justiça ou ao tribunal regional federal suspender a execução provisória da pena no tribunal do júri que tenha fortes indícios de nulidade até o julgamento da apelação, conforme decidido no HC n. 118.770/SP. Explica-se: a possibilidade dessa suspensão significa que, nos casos em que ela não ocorrer, a execução provisória da pena é devida e justificada para os fins de garantia da segurança pública. Essa foi a escolha feita, validamente, pelo legislador ordinário.

Em seguimento, é a vez de o Poder Judiciário, mediante a interpretação e a integração do direito posto, desincumbir-se da sua tarefa para realizar o imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, ele utiliza a proporcionalidade.

Um estudo completo sobre a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em relação à proibição de insuficiência foi apresentado por Pulido. Após a analisar a adequação – se a restrição a um direito fundamental promove ou não a finalidade – e a necessidade – qual, entre todas as medidas, é a menos restritiva –, ele conclui quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

Uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito **quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...]** Está proibido que a intensidade em que não se garante um direito de proteção seja intensa e que a magnitude da não intervenção na liberdade ou em outro direito de defesa seja leve ou média, ou que a intensidade da não proteção seja média e a não intervenção seja leve. [sem grifos no original]. (PULIDO, 2013, p. 134)

A análise a ser realizada deve considerar a seguinte colisão: de um lado, o valor liberdade, representado pela presunção de inocência, a qual, constituindo princípio, comporta gradação segundo as condições fático-jurídicas vigentes; de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, em tempo razoável, do sujeito cuja culpabilidade foi reconhecida por um órgão colegiado mediante decisão impregnada de democracia. Como harmonizar os valores envolvidos nessa colisão?

No caso sob análise, o magistrado observará que foram respeitados o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal processual e a presunção de não-culpabilidade, conforme explanado acima. Já no atinente à segurança, o juiz observará a necessidade, além da celeridade processual, a própria efetividade processual, no sentido de o processo criminal chegar a seu termo, dando uma satisfação à sociedade, a qual, em caso de procedência da denúncia criminal, fica reconhecida como covítima do crime praticado pelo réu.

Nessa colisão, é fundamental compreender que a culpabilidade não mais comporta discussão, estando definitivamente assentada, nas hipóteses da apelação interposta com fundamento no art. 593, III, *a, b e c*, do CPP. Porque essas hipóteses não dizem respeito ao fato criminoso em si e porque, no júri, a apelação é vinculada aos fundamentos da sua interposição (Súmula n. 713 do STF)⁸, a decisão dos jurados quanto ao fato – frisa-se que a culpabilidade é matéria fática – não comporta sequer o juízo rescindendo pelo tribunal *ad quem*. Por consequência, eventual absolvição ou extinção da punibilidade, nessa fase processual, não decorrerá da negação da culpa.

Já se a apelação for interposta com base no art. 593, III, *d*, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), já se verificou que o tribunal *ad quem* exerce apenas o juízo rescindendo, deixando de lado o juízo rescisório sob pena de invadir a competência constitucional do tribunal do júri. Mesmo nesse caso, todavia, o caráter democrático que impregna a decisão recorrida exige, em primeiro lugar, uma interpretação restritiva sobre o cabimento da apelação nessa hipótese. Em segundo lugar, esse caráter democrático exige que se cumpra, na maior medida possível, a vontade do conselho de sentença já representada pela sua decisão condenatória soberana. A forma para tanto consiste no afastamento do efeito suspensivo da apelação, a qual remanescerá apenas com o efeito devolutivo.

Dessa forma, a presunção de culpabilidade deve sofrer uma variação na sua aplicação, justamente porque depende das condições fático-jurídicas então existentes. A condição fático-jurídica da impossibilidade de discussão da culpa (art. 593, III, *a, b e c*, do CPP) ou a condição da restrição da revisão pelo tribunal *ad quem* sobre o entendimento do conselho de sentença (art. 593, III, *d*, do CPP) permitem a relativização desse princípio, desde que o seu núcleo seja preservado. É exatamente isto o que ocorre com a execução provisória da pena no âmbito do júri: o réu continua sendo tratado como inocente, pois nenhum dos efeitos da sentença penal condenatória lhe é aplicado, à exceção da pena privativa de liberdade, providência que se justifica para fins da segurança pública.

Segundo a proporcionalidade sob o viés acima apresentado por Pulido, a execução provisória da pena, após a condenação pelo conselho de sentença, é medida proporcional, ao contrário do enaltecimento absoluto da presunção de não-culpabilidade de forma a exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória. Prova-se: caso se exija o trânsito em julgado para fins da execução provisória em relação ao réu cuja culpa já foi demonstrada de forma definitiva ou por maneira em que o juízo rescindendo, apenas, é sujeito a uma interpretação restritiva, o grau de realização da não-intervenção estatal na liberdade do réu é inferior ao grau de realização da segurança pública, para a qual é necessário o desfecho célere e eficaz do processo penal.

Essa interpretação, outrossim, observa a concordância prática e realiza de forma máxima os princípios então tensionados, consideradas as circunstâncias fático-jurídicas: de um lado, culpa já reconhecida por um órgão colegiado mediante decisão revestida de alto caráter democrático e, de outro lado, segurança que exige o julgamento célere e o cumprimento da pena. Além disso, demonstrada a sua proporcionalidade, está evidenciado, *ipso facto*, o respeito ao princípio do devido processo legal substancial.

Em outra toada, destaca-se que a força normativa da Constituição Federal igualmente exige que o Poder Judiciário paute suas decisões pela realização da segurança. Com efeito, a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E a Constituição justamente adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. (HESSE, 1991, p. 11-19).

Dessa forma, a Constituição Federal impõe, entre outras, duas tarefas ao Poder Judiciário: proteger a liberdade dos indivíduos mediante a presunção de não-culpabilidade bem como realizar a segurança pública. Nesse caso, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”. (HESSE, 1991, p. 22). Observada a colisão já identificada entre a presunção de não-culpabilidade e a segurança, tendo-se em conta o caráter variável de realização desses princípios, a ótima concretização deles depende das condições fáticas e jurídicas existentes ao momento da operação. Ao sopesar tais condições, como realizado acima, verifica-se que a segurança pública prevalece em relação à presunção de inocência.

⁸ O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

Assim, a “vontade de Constituição” (HESSE, 1991) demanda do Poder Judiciário a execução da pena após a decisão condenatória estabelecida pelo conselho de sentença, no âmbito do tribunal do júri.

Chega-se, portanto, à segunda conclusão parcial deste trabalho:

4 CONCLUSÃO

A execução provisória da pena, na seara do tribunal do júri, imediatamente após a decisão condenatória do conselho de sentença, é constitucional. Ela decorre do caráter democrático do conselho de sentença, que exige a sua decisão seja cumprida, em todos os seus efeitos, na maior medida possível, o que inclui o afastamento do efeito suspensivo da apelação interposta contra a decisão condenatória do júri.

Por outro lado, a execução provisória da pena respeita os direitos fundamentais. O duplo grau de jurisdição é observado porque a decisão do conselho de sentença, a despeito de suceder no primeiro grau, deriva de um órgão colegiado. A plenitude de defesa e o contraditório são cumpridos porque a defesa técnica é intimada sobre a decisão que resulta na prisão do réu e persiste atuando em seu favor, dispondo inclusive de meios para obter a suspensão da execução provisória que considera ilegal. A razoável duração do processo, que também é direito fundamental da sociedade como um todo, é respeitada, sobretudo como exigência das finalidades da pena. O devido processo legal “processual” resulta da observância do procedimento previsto em lei para execução provisória. E o devido processo legal “substancial” decorre da proporcionalidade, enquanto proibição da proteção insuficiente, da execução provisória da pena, no âmbito do júri.

Tendo em vista essas conclusões, apresenta-se a seguinte **proposta de enunciado**: A execução provisória da pena, após a condenação pelo conselho de sentença, no tribunal do júri, é constitucional. Trata-se de medida que decorre da segurança pública enquanto respeita o princípio da presunção de inocência e os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: TRIVISSIONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 173-200.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Constituição, Política & Retórica*. Brasília: Uniceub, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. Ed. Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 10. ed., 1999.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Ed. Almedina, 2012.

CARVALHO, Luis G. G. Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, p. 231 e 233, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, Ano V, n. 25, jan-fev 2009. p. 07-30.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade criminal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 302-331.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- PUIG, Santiago Mir. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: Iustel, 2011.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- _____. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2017.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798, abr. 2002.
- STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo; SADEK, Maria Tereza Aina. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, p. 2-11, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/1a569ef2296a08f500cb93f298e4c51c.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.