

Título: A execução imediata da pena privativa de liberdade por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nome do Autor: Ythalo Frota Loureiro. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. Introdução

Em 7 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a “[...] prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” Para tanto, o STF afirmou que “[...] 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.” (HC 118770, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe-082, de 20/04/2017, publicado em 24/04/2017).

Contudo isto não parece ser inteiramente verdade, dado que, em 11 de novembro de 2016 (somente alguns meses antes), o próprio “[...] Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos.” (HC 130690 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2016, Dje-250, de 23/11/2016, publicado em 24/11/2016).

Ora, como é possível afirmar que o tribunal não poderá reapreciar os fatos e as provas, se é justamente o que ele faz quando decide que a decisão dos jurados é manifestamente contrária a prova dos autos (art. 593, inciso III, letra *d*, do Código de Processo Penal – CPP)? Isto remete a um questionamento anterior: será que o tribunal, de fato, faz uma reapreciação de fatos e provas quando determina a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri? Se não, no recurso de apelação sob o fundamento do art. 593, inciso III, letra *d*, do CPP, o que exatamente o tribunal de justiça faz? A vedação legal de reanálise do mérito da decisão do júri (art. 593, §3º, parte final, do CPP) pode solucionar a suposta contradição entre o HC 118770/SP e o HC 130690/SP?

O presente trabalho tem como objetivo descobrir os alcances da interpretação da tese denominada “execução imediata da pena” nos procedimentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

II. Justificação

O art. 593, inciso III, letra *d*, do CPP determina que caberá apelação da decisão dos jurados quando manifestamente contrária à prova dos autos. O parágrafo terceiro do mesmo artigo determina que, em caso de provimento do recurso, o réu será submetido a novo julgamento, contudo, não se admitirá, pelo mesmo motivo, segunda apelação. Por outro lado, o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição Federal (CF/88) assegura a instituição do júri a “soberania dos veredictos”.

A revisão da decisão dos jurados e a soberania dos veredictos deveriam ser encarados como assuntos incompatíveis entre si. Afinal, soberania é a “qualidade máxima de poder” (BULOS, 2005, p. 81). A República Federativa do Brasil tem como fundamento a sua soberania (art. 1º, inciso I, da CF/88), tal como os veredictos dos jurados não podem ser substituídos. Certo que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Neste sentido, o art. 5º, §3º, da CF/88 determina que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados equivalem a emendas constitucionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992, estabelece, entre as garantias mínimas de toda pessoa, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (artigo 8, 2, letra *h*, da referida convenção). Portanto, é possível argumentar que o princípio do duplo grau de jurisdição possui fundamento constitucional de caráter material.

A anulação da decisão dos jurados parece ser a solução mais evidente para promoção de justiça quando a decisão sofre defeitos insanáveis que abalam a credibilidade da formação da convicção. Gloechner (PEREIRA, 2016, p. 280) afirma que “[...] de acordo com o modelo norte-americano, os jurados são advertidos de que não

devem fazer qualquer espécie de veredito até que toda a prova recolhida seja apresentada em juízo.” Trata-se de uma orientação muito comum para que os jurados reflitam sobre a possibilidade de erros na interpretação dos fatos e do direito. Como afirma Popper (2006, p. 17), “É o dever de cada jurado tentar encontrar a verdade objetiva, segundo o seu melhor conhecimento e de acordo com sua consciência. Mas, ao mesmo tempo, ele deve estar ciente de sua falibilidade, de sua incerteza.” De certa forma, esta consciência de falibilidade entra em paradoxo com o “caráter substancialmente ordálico da decisão do júri: o veredito não se funda em uma justificativa racional, mas se apresenta como um objeto de fé no qual a voz do povo tomou lugar da voz de Deus” (TARUFFO, 2016, p. 218).

A *priori*, a *vox populi* expressa nos veredictos dos jurados é, por definição, a verdade e deve ser, por essência, considerada justa. No direito dos países de tradição anglo-americano, o *adversary system* de produção de provas, os longos e completos procedimentos de seleção de jurados (*voir dire*) e as numerosas orientações e restrições impostas pelos juízes togados possuem a pretensão de conduzir a um veredito verdadeiro e justo, mas, ainda assim, passível de revisão em instâncias superiores, dado a possibilidade de eventos que possam abalar a credibilidade do devido *processo legal adjetivo*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a decisão dos jurados é imperscrutável, ou seja, não pode ser pesquisada, somente pode ser deduzida através de um procedimento *prospectivo* de comparação entre a decisão e a prova dos autos – eis a principal tarefa do tribunal na análise do recurso de apelação em que se alega ter sido a decisão dos jurados contrária à prova dos autos. Cabe ao tribunal uma margem muito estreita de revisão judicial. O mérito da decisão não pode ser redefinido, ainda que o tribunal se limite a reenviar o processo a novo julgamento, como determina o art. 593, §3º, primeira parte, do CPP. Ensina Nucci (2014, p. 462) que ao tribunal togado cabe-lhe, “[...] unicamente, confrontar o veredito dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos, concluindo pela harmonia ou desarmonia entre ambas.” Da mesma forma, Campos (2014, p. 344) afirma que “Não é lícito ao Tribunal reformar a decisão dos jurados, proferindo outra em substituição [...]”, cabendo-lhe apenas cassar a decisão anterior dos jurados e remeter o acusado a novo julgamento.

Mas isto não explica o suficiente. Como bem ressaltou Barros (2017, p. 237), baseado no entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “A opção dos jurados por uma das versões contidas nos autos não tem o condão de causar a determinação de novo julgamento”. O tribunal de justiça e as instâncias superiores (STJ e STF) podem simplesmente considerar suficiente a “versão” oferecida pelo acusado, uma vez que o interrogatório é meio de prova sabidamente idôneo, que confere elementos concretos para formação da convicção dos jurados. Por outro lado, o tribunal pode entender que o interrogatório do acusado pode ter oferecido uma *versão fictícia dos fatos* e que a decisão dos jurados, que acolhe tal versão, é escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório. Seja em um ou em outro caso, a decisão dos jurados está sempre submetida aos recursos argumentativos não vedados pelas regras jurídicas do devido *processo legal adjetivo*, como a utilização de argumentos que visam aguçar a sensibilidade sensorial dos jurados; enquanto que o mesmo não ocorre perante os tribunais togados.

É muito comum afirmar que, na *tribuna do júri*, o orador precisa “falar com o coração”, com sinceridade e empatia, identificar e manipular emoções, para que o essencial, invisível aos olhos, seja revelado aos jurados. A persuasão é uma combinação, nem sempre proporcional, de razão e emoção. Não há elemento que seja superior em importância. No Tribunal do Júri, o argumento é mais cativante quando o orador consegue identificar e manipular as emoções, porque, talvez os jurados não lembrem do que foi dito, mas nunca se esquecem de como o orador os fez sentir. A mesma técnica de persuasão não pode ser reproduzida perante juízes togados, ainda que o orador faça uso da sustentação oral perante o tribunal porque o *auditório* é inteiramente diferente e os objetivos da oratória devem atingir objetivos igualmente diversos.

Assim, é não é apenas inútil, como é incompreensível, que os desembargadores do tribunal de justiça e os juízes dos tribunais federais possam reinterpretar versões e teses jurídicas, em condições tão diferentes daquelas submetidas ao Tribunal do Júri, quando se tratar de recurso contra a decisão dos jurados; e, ao mesmo tempo, nos casos de revisão criminal (quando de decisão condenatória transitada em julgado), o tribunal de justiça possa revogar a decisão dos jurados e decretar a absolvição dos condenados, porque, segundo o STJ “Diante do conflito entre os princípios da soberania dos vereditos e da dignidade da pessoa humana, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário (REsp 964978/SP)” (STJ. REsp 1050816/SP, Rel. Ministro

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016). Certo que as possibilidades de anulação das decisões do júri faz-se em caráter excepcional, mas porque a dignidade da pessoa humana prevalece ao ponto de eliminar, de forma absoluta, a soberania dos veredictos?

Melhor solução seria submeter o acusado a novo julgamento, seja em caso de recurso de apelação, seja em caso de ação de revisão criminal. Mas, se isto não ocorre, porque, secretamente, os tribunais de justiça gostariam de ter o poder de decidir pelo júri, tal como decidem pelos juízes nos procedimentos comuns. Existem uma preferência pelo controle da racionalidade da decisão, ainda que se saiba que, diante da *discrecionariade judiciária*, a decisão judicial, na sua maioria das ocasiões, não passa de um *ato de vontade* e que a dignidade ou a ruína de sua causa muitas vezes depende mais de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma jurídica geral provinda do poder legislativo (Dworkin, 2014, p. 3).

Na interpretação da nova orientação do STF, no HC 118770/SP, em que a “[...] prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”, é importante considerar aspectos mais objetivos do que o simples desejo de dar efetividade ao processo criminal, no sentido previsto no art. 5º, inciso LXXVIII.

De início, deveríamos analisar se o HC 118770/SP possuiria coerência com o entendimento manifesto pelo HC 130690/SP (do mesmo relator/revisor Min. ROBERTO BARROSO), em que “[...] a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos [...]”. Mas, antes disso, devemos considerar se existe alguma contradição, aparente ou real, no próprio HC 118770/SP.

No HC 118770/SP ficou estabelecido que “[...] o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. [...]” e que “[...] 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. [...]” Em outros termos, o HC 118770/SP parece ter uma rara compreensão sobre o que o tribunal pode ou não fazer quando da análise da decisão dos jurados. Em um momento afirma que o tribunal não pode reapreciar os fatos e provas e, no item seguinte, é afirmado que o tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso, caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos. Ora, o próprio acórdão, implicitamente, admite que o tribunal pode revisar fatos e provas. E neste sentido, a submissão do acusado a novo julgamento não violaria a garantia da soberania dos veredictos. Assim, é essencial contextualizar os fatos que ensejaram o HC 118770/SP.

No relatório do HC 118770/SP, ficou esclarecido o seguinte:

“[...] O Juízo da Primeira Vara Judicial de Ibiúna/SP condenou o paciente-impetrante, no processo nº 0004626-52.2008.8.26.0238, a 25 anos de reclusão, em regime inicial fechado, ante o cometimento das infrações descritas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV (homicídio qualificado por motivo fútil e mediante recurso que dificulte a defesa do ofendido), e § 2º, incisos IV e V (homicídio qualificado por recurso que dificulte a defesa da vítima e para assegurar a impunidade de outro delito), combinado com o 71 (crime continuado), do Código Penal. Negou o direito de recorrer em liberdade, consignando presentes os motivos ensejadores da preventiva. Frisou a conveniência da custódia para a preservação da ordem pública, em virtude do abalo social e da credibilidade do Poder Judiciário. [...]” (STF, HC 118770/SP, p. 3)

Assim, vê-se, sem dificuldades, que não se tratou de prisão preventiva decretada contra réu solto. O acusado condenado pelo Tribunal do Júri teve negado o direito de recorrer em liberdade porque o juiz presidente do Tribunal do Júri reconheceu presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, ao mesmo tempo em que determinou a execução provisória da pena. Tanto é verdade que, nas informações coletadas pelo STF, a “Segunda Vara de Execuções Criminais da Comarca de Taubaté noticiou, em 5 de fevereiro de 2016, [...] estar o paciente em regime semiaberto.” (STF, HC 118770/SP, p. 5).

Até então, não havia nenhuma novidade na prática judiciária, porque o STJ sempre admitiu a decretação de prisão preventiva por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, inclusive com o uso da técnica de motivação *per relationem*, na qual “a sentença condenatória faz remissão às circunstâncias ensejadoras da decretação de prisão preventiva no início do feito, tendo em vista que elas permanecem incólumes” (STJ, RHC 75.245/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017). O STJ já decidiu que a “orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva.” (STJ, AgRg no RHC 48.962/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014).

E isto é muito fácil de ocorrer porque, como tem decidido o STF, “Nas hipóteses envolvendo crimes praticados com violência real ou grave ameaça à pessoa, o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor.” (STF, HC 124405, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 06-04-2017 PUBLIC 07-04-2017). Não raras vezes, por si só, a forma de como foi praticado o homicídio já revela a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, que demanda uma ação estatal no sentido de impedir a continuidade delitiva (como é o caso do precedente do STJ, no HC 379.489/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017); ou no sentido de proteção da ordem pública, da conveniência de instrução criminal ou da aplicação lei penal (como é o caso do precedente do STJ, no RHC 67.540/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Durante os debates do HC 118770/SP, os ministros MARCO AURÉLIO e ROBERTO BARROSO divergiram, momento em que o segundo argumentou que “[...] enquanto não desfeita a condenação pelo Júri, prevalece a decisão soberano do Júri. É o que diz a Constituição. Deste modo, o Tribunal sequer pode ele próprio desfazer ou refazer aquela decisão.” (STF, HC 118770/SP, p. 8) E arrematou, dizendo: “como é julgamento pelo Júri, a apelação não pode sequer substituir a decisão do Júri, pode, no máximo, determinar a realização de novo Júri. Portanto, em respeito ao princípio constitucional da soberania do Júri, acho que deve prevalecer a sua decisão.” (STF, HC 118770/SP, p. 9).

Enfim, o HC 118770/SP sequer foi conhecido, por ser o HC substitutivo de recurso ordinário. A decisão foi tomada por maioria (Ministros ROBERTO BARROSO, que abriu a divergência, LUIZ FUX e ROSA WEBER, vencido o relator MARCO AURÉLIO, que votou pelo conhecimento e implementação da ordem (STF, HC 118770/SP, p. 11). Importante frisar que, na época, a 1ª Turma do STF contou com presença de quatro dos seus cinco membros. Ainda que houvesse a participação do Ministro ALEXADRE DE MORAES, a decisão final não seria alterada. Não há precedente na Segunda Turma ou no Pleno do STF sobre o assunto. O ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, mencionado no referido HC, estipula que:

[...] Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido 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. [...] (STF, ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

No caso do ARE 964.246-RG, o relator Ministro TEORI ZAVASCKI ressaltou que, no universo dos recursos impetrados perante STJ e STF, “a culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento e – muito menos de – acolhimento pouco reformada nas instâncias extraordinárias.” (STF, ARE 964.246-RG, p. 36). Então, talvez seja neste sentido que o Ministro ROBERTO BARROSO tenha procurado definir o que entendeu por “responsabilidade penal do réu”, ou seja, matéria relacionada “culpabilidade propriamente” dita. Em outro termos, se aos tribunais superiores (STJ e STF) é vedado o reexame do quadro fático-probatório dos autos, o mesmo somente poderia ocorrer no caso do Tribunal do Júri, se o recurso de apelação não se propusesse

a rediscutir a materialidade, a autoria ou a participação do acusado ou a responsabilidade criminal que ensejasse a aplicação de pena privativa de liberdade.

Assim, quando se tratar de recurso de apelação que vise unicamente o reexame da decisão quanto a dosimetria da pena, a alegação de alguma nulidade não verificável de plano ou a decisão dos jurados quanto o acolhimento de circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, dificilmente o tribunal de justiça reexaminará a *culpabilidade propriamente dita*, mantendo o veredito intacto no que diz respeito a necessidade de cumprimento de pena privativa de liberdade. Não se trataria de uma *antecipação da pena*, mas da constatação lógica que, enquanto estiver vivo o condenado, mais cedo ou mais tarde, a pena deverá ser cumprida, de modo que, para além dos interesses pessoais, não faria sentido postergar o seu cumprimento.

Não é sem razão que existem um percentual elevado de presos provisórios condenados em 1ª instância, cujos sentenças condenatórias não transitam em julgado, eis que os recursos nos tribunais se multiplicam, conforme a interpretação dos regimentos internos, que prevê agravos de instrumentos, agravos regimentais e um número infundável de reclamações e questões de ordem que tornam o processo judicial interminável, que, no seu conjunto violam o direito fundamental de duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88).

O HC 130690/SP possui fundamentação muito estreita, muito parecida com ementa de acórdão, limitando-se a reproduzir decisões anteriores para reafirmar que a:

[...] “*pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra da soberania dos veredictos populares (alínea "c" do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal)...*” (HC 98.403, Rel. Min. Ayres Britto). De modo que a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos (HC 84.486-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; HC 104.301, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; HC 94.052, Rel. Min. Eros Grau; HC 100.693, Rel. Min. Luiz Fux; HC 107.525, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; e HC 98.403, Rel. Min. Ayres Britto.) [...] (STF, HC 130690/SP, p. 10).

O HC 130690/SP e o HC 118770/SP não são necessariamente contraditórios, pois a pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não é incompatível com a execução imediata da pena privativa de liberdade quando ao haja nulidade patente, quando a decisão dos jurados não é, de plano, manifestamente contrária a prova dos autos e quando o recurso não pretende o reexame da culpabilidade propriamente dita, ou seja, quando o tribunal não reexamina a materialidade, a autoria ou participação delitiva ou a responsabilidade criminal que impediria a aplicação de pena privativa de liberdade. A garantia do exercício da ampla defesa e do contraditório, com os meios e recursos dispostos em lei, não podem sobrepujar, de forma excessiva, a necessidade de assegurar a todos os direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade, segurança e duração razoável do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

III. Síntese dogmática da proposição e proposta de enunciado

Nos procedimentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri, instituição a que são assegurados os princípios constitucionais de plenitude de defesa e de soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal de 1988 – CF/1988), a execução imediata da prisão do réu condenado, ainda que sujeita a decisão a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CF/1988). A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não é incompatível com a execução imediata da pena, quando não haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, e quando o recurso não pretende ou não pode propor o reexame da culpabilidade *propriamente dita*, ou seja, quando não é aventado o reexame da materialidade, da autoria ou da responsabilidade criminal que, em tese, impediria a aplicação de pena privativa de liberdade.

IV. Referências

BARROS, Francisco Dirceu. **Manual do Júri: teoria e prática**. 3ª ed. Leme (SP): JH Mizuno, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NUCCI, Guilherme. **Tribunal do Júri**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São