


Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”


Scientific criticism of “Redefining claim preclusion from verdict sovereignty: parcial res judicata in jury trials”

Antonio Pedro Melchior¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

apmelchior@melchioradvogados.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/6865616601789018>

 <https://orcid.org/0000-0002-2005-9232>

RESUMO: Trata-se de crítica científica ao artigo “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos”, em que se defende a execução imediata da pena aos condenados pelo Tribunal do Júri. A partir da delimitação do conceito de democracia no direito processual penal, a crítica aborda os problemas da inversão ideológica do discurso em torno das garantias processuais que, na hipótese do artigo analisado, conduziu ao uso argumentativo da soberania dos veredictos para fins de ampliação do poder penal. Além disso, a crítica trabalha o conceito

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ-FND); Membro da Associação Latino Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) - Seção Brasileira; Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP- Brasil); Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Penal (ABDPro); Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Membro fundador do Fórum Permanente de Direito e Psicanálise da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Membro da Comissão de Segurança Pública da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ); Coordenador Adjunto em Processo Penal do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); Coordenador Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais no Estado do Rio de Janeiro (IBCCRIM); Coordenador Adjunto de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ); Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado Criminalista.

de culpabilidade jurídica da presunção de inocência, categoria chave para compreensão do estatuto normativo dos recursos e da impossibilidade de execução imediata ou antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

PALAVRAS-CHAVE: crítica científica; soberania dos veredictos; processo penal; democracia; culpabilidade jurídica; presunção de inocência.

ABSTRACT: *This paper proposes a scientific criticism of “Redefining claim preclusion from verdict sovereignty”, in which the immediate execution of the sentence to those convicted by the jury trials is defended. From the delimitation of the concept of democracy in the criminal procedure, this paper addresses the problems of the ideological inversion of discourse around the procedural guarantees that, in the hypothesis of the article, led to the argumentative use of the sovereignty of verdicts for the purpose of expanding the criminal power. In addition, this paper operates the concept of normative culpability of the presumption of innocence, a key category for understanding the resources and the impossibility of execution of the sentence immediately or anticipated, before the claim preclusion of guilty criminal sentence.*

KEYWORDS: *Scientific criticism; verdict sovereignty; procedural criminal; democracy; normative culpability.*

INTRODUÇÃO

No artigo “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”, defende-se a existência de marcos diferenciados de trânsito em julgado nos procedimentos do júri, hipóteses em que a execução imediata da pena não ofenderia a garantia constitucional da presunção de inocência.

Os argumentos centrais do ensaio podem ser resumidos em cinco assertivas: (i) o Tribunal do Júri surge como um dos dispositivos de consolidação das democracias; (ii) a instituição do Júri e a soberania dos veredictos refletem um direito-garantia de dúplice aspecto, a saber, “direito subjetivo do acusado ao julgamento pelo júri” e “direito do cidadão, não acusado, de participar na administração da justiça do país”; (iii) a soberania dos veredictos se traduz numa competência jurídico-funcional

conferida ao júri para dar a última palavra acerca dos fatos apurados, do que resulta a “prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado”; (iv) o procedimento do Júri, ao prever duas fases, permite o controle prévio da decisão dos jurados, mediante o oferecimento de recursos em que se poderá impugnar o mérito da imputação em todas as instâncias do sistema de justiça; (v) a jurisprudência nos Tribunais Superiores firmou-se no sentido de que a devolutividade das apelações do júri é adstrita aos fundamentos da interposição.

A partir destas premissas, no artigo sustenta-se que “*não havendo possibilidade legal de impugnação acerca de determinado elemento da sentença condenatória do júri*”, este capítulo “*se reveste dos efeitos da coisa julgada, adquire estabilidade e se torna impassível de reexame ou desvirtuação por juízo posterior*”. Além de postular a execução imediata da pena nesses casos, conclui-se que há coisa julgada também após o julgamento em segunda instância, já que a duplicidade de fases no procedimento, “*acaba por criar um contexto em que as eventuais discussões jurídicas atinentes à tipicidade da conduta são solucionadas já na fase da pronúncia*” ou, de qualquer forma, poderão ser analisadas pelas instâncias recursais do sistema de justiça penal brasileiro.

O direito processual penal, além de ser um dado histórico-cultural, expressa, como nenhum outro ramo jurídico, as relações estruturais de poder, segurança e dominação, vigentes em uma determinada sociedade.² Esta é razão pela qual o estudo do processo penal exige compreendê-lo como parte da disputa de sentidos que conflagra a ação política.³ A primeira coisa que se teve ter em mente em um debate científico sobre direito processual penal, portanto, é que as posições assumidas em torno das suas categorias expressam concepções políticas e ideológicas distintas a respeito dos *fundamentos* deste saber. Essa não é uma questão de pouca importância e comparece, ainda que, implicitamente, na crítica do presente artigo e em todas as outras. É dizer, como insistiu

² WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 139.

³ PRADO, Geraldo. Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal. In: PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 110.

Alberto Binder, que não se pode construir um saber processual penal neutro, descomprometido com a funcionalidade empírica do sistema penal como um todo.⁴

A defesa da execução imediata da pena nos procedimentos do júri produz, antes de tudo, efeitos muito concretos: prende pessoas, antecipa a resposta violenta do Estado, enfim, fragiliza as ferramentas de proteção individual em face do poder punitivo. A tese representa, assim, um retrocesso no processo civilizatório orientado a reforçar os dispositivos que integram o sistema de garantias em um regime democrático, em especial, a força normativa da presunção de inocência.

Em atenção aos limites de espaço, esta crítica científica irá se ater ao que acima se referiu como *fundamentos* do direito processual penal, por ser este o núcleo que define a finalidade deste saber, notadamente em uma democracia política. Deste universo, dois pontos são essenciais para reflexão adequada das ideias levantadas no artigo aqui analisado: (i) o que se deve entender por democracia e processo penal, relação que responde não apenas pela valorização do Tribunal do Júri e consagração da soberania dos seus veredictos, mas por um complexo sistema de proteção das liberdades individuais; (ii) qual é a relevância da presunção de inocência aos processos penais democráticos e, especialmente, com que abrangência foi materializada no texto constitucional brasileiro.

Essas duas questões, que nada dizem sobre o caráter vinculado da fundamentação recursal no procedimento do Júri, duplicidade de fases, conceito de trânsito em julgado ou outros detalhes, levantam as principais objeções à tese do ensaio: há inversão ideológica do discurso em torno das garantias processuais; desidratação da presunção de inocência, notadamente do conceito de culpabilidade jurídica.

⁴ O processo penal não pode ser visto somente como um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou a faculdade das partes. O campo da normatividade processual penal contempla regras de distinto nível e é influenciado pelo funcionamento real de diversos sistemas normativos informais e tradições culturais. A chamada *justiça penal* é, portanto, configurada por um *universo de práticas* e sistemas normativos que, *lato sensu*, também devem ser compreendidas enquanto *atos processuais* (ainda que, em uma análise reducionista, não se direcione ao procedimento criminal em si). Cf. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Hermenéutica del proceso penal. 1a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 39

Em tempos de interdição ao diálogo construtivo e pandemização social do antintelectualismo,⁵ o debate exposto no artigo é necessário e urgente. Relevante que tenha sido provocado a partir de construções consistentes dogmáticamente e com ideias claras a respeito do projeto que defende para o direito processual penal.

1. NOTAS SOBRE DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL: O PROBLEMA DA INVERSÃO IDEOLÓGICA DO DISCURSO EM TORNO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS.

Em determinadas passagens do ensaio, conquanto se refira propriamente à *soberania dos veredictos*, expõe-se a relação intrínseca entre o desenvolvimento jurídico do sistema de garantias e os processos de democratização de regimes políticos, inclusive, os experimentados no Brasil.

A concepção de que o direito processual penal integra o arcabouço jurídico das liberdades *contra velhos (e novos) poderes*, constitui uma das ideias-força que caracterizam o saber criminal em uma democracia. Diante disso, no texto abdicou-se da “*pretensão de se definir democracia*” (e os seus desdobramentos no sistema de justiça penal) sob a justificativa de que esta tarefa, “*há séculos martiriza os cientistas políticos*” e “*está longe de culminar numa expressão com identidade estática e consensual.*”

É preciso estar de acordo que alguns temas são ásperos para tratar em poucas páginas. Outras categorias, como sistema inquisitivo e acusatório, também estão longe de expressar uma “identidade estática e consensual”, mas nem por isso abdica-se do saber próprio aos sistemas adversariais quando se analisam os fenômenos jurídicos e políticos do processo penal. A ausência de definição de democracia e seus efeitos no âmbito dos direitos e garantias penais, permitiu vincular-se a instituição do júri e a soberania dos veredictos à ideia de “resistência ao Estado”, ao mesmo tempo em que se defendia a execução imediata da pena, uma solução que, à toda evidência, amplia o poder punitivo e, portanto, nada tem de “resistência” ou de “consolidação da democracia”.

⁵ Márcia Tiburi e Rubens Casara trataram deste tema. Cf. TIBURI, Marcia. CA-SARA, Rubens R.R. *Ódio à inteligência: sobre o anti-intelectualismo*. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/50931-2/>. Acesso em 16.04.20

A associação dos processos históricos de democratização no Brasil à previsão do Tribunal do Júri é insuficiente para compreender os desdobramentos que o regime democrático produz no sistema penal em geral e no processo criminal, em particular. Prova isso o fato de que a exposição histórica, enquanto método de análise, foi restringida a uma cronologia de datas e acontecimentos, portanto, alheia à exigência de fazer do saber histórico uma ferramenta para o desvelamento de permanências inquisitoriais e práticas antidemocráticas.⁶

Em suma, a discussão a respeito da “existência de marcos diferenciados de trânsito no procedimento do Júri”, como exposta no artigo, está condicionada a premissas que devem orientar a interpretação do que seja *soberania dos veredictos, trânsito em julgado, procedimento do Júri* etc., em um processo criminal concebido como espelho do Estado Democrático de Direito.⁷

Especialmente no campo penal e processual penal, o Estado Democrático de Direito não se identifica com o princípio da maioria, enquanto elemento legitimador do exercício do poder. É antes o oposto, ou seja, essencialmente contra majoritário. A democracia substancial constitui um sistema político completo em sua estrutura, composição e

⁶ Em processo penal, a mediação histórica não pode ser realizada nos moldes da historiografia tradicional, que aposta na cronologia pura e simples dos acontecimentos e se funda em grandes narrativas. No campo da justiça criminal, em geral, o recurso à história é fundamental para analisar as ideias em disputa, permitindo que se identifiquem traços, indícios, linhas de permanência entre determinada perspectiva em matéria criminal e as tendências autoritárias, reforçando o papel da história em servir aos problemas do tempo presente (Cf. GINZBURG, Carlo. *Relações de Força: história, retórica, prova*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002; GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário*. In: Mito, emblemas e sinais. São Paulo: Cia das Letras, 1990). Em síntese, trata-se de perceber como circulam e se mobilizam as ideias, especialmente, como elas são subjetivadas, penetram no tecido social e institucional, na formação ideológica e na cultura jurídico-política brasileira no tempo presente. Em outras palavras, a atenção deve estar voltada para aquilo que Gizlene Neder chamou de *permanências históricas de longa duração* (cf, NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal-luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000, p. 15-18).

⁷ Cf. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010. Ainda: MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas: 2013.

práticas, elementos que definem o modelo de processo penal com ela compatível. Dessa forma, o decisivo para qualificar um sistema político como democracia e, por consequência, um processo penal como democrático, tem a ver, não apenas com a *forma* de tomada de decisões, mas, acima disso, com o que se pode e o que não se pode decidir.⁸ Esta perspectiva de democracia considera que os direitos fundamentais estipulados nas constituições – e materializados no direito processual penal – são limites e vínculos a quaisquer poderes, ao autogoverno e, portanto, à vontade e autonomia dos cidadãos, como concluiu Luigi Ferrajoli.⁹

Na feliz expressão do mesmo jurista, a concretização do Estado Democrático de Direito leva à maximização das liberdades e expectativas e, simultaneamente, a minimização dos poderes.¹⁰ Esta ideia move a exigência de se assegurar, nos regimes democráticos, um efetivo estatuto jurídico das liberdades. O Direito Processual Penal integra este estatuto, erigindo-se como um instrumento ético para consecução de finalidades jurídicas e metajurídicas, dentre as quais a garantia dos direitos fundamentais do imputado, na aplicação da lei penal. No campo criminal, portanto, o pacto constitucional no qual a democracia é fundada, qualifica o processo penal como dispositivo voltado à construção dos limites ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização das respostas aos desvios criminalizados. Todo o poder está sujeito a constrangimentos democráticos, materializados em garantias processuais de natureza constitucional e convencional que tutelam a liberdade individual. Essas garantias funcionam como ferramentas de proteção das liberdades de cidadãos e cidadãs, estabelecendo óbices à opressão pública ou privada.¹¹

⁸ Para aprofundamento da questão, conferir: BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel et al (org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 300-301.

⁹ “E qualquer poder, por mais democrático que seja, é submetido, pelo paradigma da democracia constitucional, a limites e vínculos, como são os direitos fundamentais, destinados a impedir a sua degeneração, segunda a sua intrínseca vocação, em formas absolutas e despóticas” (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 80).

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: a teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694-695.

¹¹ Cf. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal*. Dogmática e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Sendo esta a finalidade política do direito processual penal em uma democracia – *dispositivo de contra poder jurídico* – não há como concordar com a ideia fundamental de que, no específico caso do júri, a feição democrática do instituto se revela, *com igual preponderância*, no “direito do cidadão, não acusado, de participar da administração da justiça do país” e que disso resulta aplicar imediatamente a pena aos condenados pelo conselho de sentença.

Os argumentos de base são os seguintes: os regimes democráticos fortaleceriam o júri, com o fim de assegurar ao cidadão o direito de participar diretamente da administração da justiça, não por intermédio do Estado; a soberania dos veredictos, nesse contexto, expressaria um direito-garantia de dúplice aspecto, do que resulta proteger a “decisão final tomada pelo povo da intervenção e modificação do Estado, contra quem a instituição originalmente fora criada”; sendo assim, seria correto considerar que, inadmitida a revisão do “núcleo essencial do júri, que é prevalência da vontade da comunidade sobre o interesse do Judiciário togado”, a pena de prisão pode ser imediatamente executada.

Ante tais assertivas, algumas ponderações precisam ser levantadas.

Em primeiro lugar, a instituição do júri (e *soberania dos veredictos*), na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não em outra, está formalmente incluída entre os direitos e garantias *individuais* em matéria criminal, o que significa serem titularizados por cidadãos submetidos à persecução penal pelo Estado brasileiro. Dito de outra forma, os destinatários dos direitos e garantias fundamentais *em matéria penal*, previstas no art. 5º da CR88, não são os “cidadãos, não acusados, a quem foi dado o direito de participar da administração da justiça”, como tampouco o são as eventuais vítimas de delitos.¹²

Ainda que no artigo se reconheça a feição individual da soberania dos veredictos, relacionando-a ao devido processo legal, a tese construída a partir da ideia de “direito-garantia de natureza dúplice” serve, em concreto, à forte ampliação do poder do Estado, naquilo que é mais caro ao direito processual penal: executar antecipadamente as penas de privação da liberdade. Na prática, a tese implica no que Alexandre

¹² Sobre a tentativa de estender às vítimas o conceito de garantias, cf. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. op, cit, p. 113.

Bizzoto denominou *inversão ideológica do discurso garantista*: subverte-se a finalidade das normas constitucionais que definem direitos e garantias individuais com o fim de ampliação do sistema penal.¹³

A instituição do júri e, por conseguinte, a previsão constitucional da soberania dos seus veredictos, sem embargo da “complexidade histórica da sua formação e desenvolvimento”, consolida – no contexto de um processo penal democrático – o direito *do acusado*, em processos por crimes dolosos contra a vida, de se defender perante “pessoas comuns”, “leigas”, e ser por elas julgado. É verdade que a “confrontação da soberania dos veredictos com os demais direitos fundamentais do acusado acabou por gerar um sistema processual muito específico”, mas é importante que se diga, em última análise, que esta especificidade responde por uma opção constituinte segundo a qual o cidadão, processado por crime doloso contra a vida, está melhor protegido quando julgado por juízes não togados.

Na oportunidade em que criticou os que compreendem o Tribunal do Júri “*apenas e tão somente pela feição fundamental do cidadão de ser julgado por seus pares*”, como aqui se defende, afirmou-se que tal concepção haveria de admitir a possibilidade de renúncia deste direito pelo acusado, logo, de escolher ser julgado por juízo singular, “o *waiver of jury trial*, como chamado no direito americano”. O argumento peca por confundir a titularidade do direito com sua eventual disponibilidade. A este respeito, convém registrar que as garantias que consagram liberdades públicas ou, de alguma forma, relacionam-se a direitos fundamentais em matéria penal são, em regra, indisponíveis. A defesa da natureza unidirecional da garantia não resulta, enfim, que o cidadão possa renunciar à sua proteção.

A impossibilidade de revisão da decisão do júri pela agência judicial existe, conseqüentemente, para manter a integridade de um sistema concebido em favor do acusado. Da mesma forma, a duplicidade de fases procedimentais, o fato de que os jurados decidirão por íntima convicção, podendo absolver por qualquer motivo (previsão de quesitação genérica), a garantia do sigilo, a seleção impessoal de jurados, além de outros desdobramentos inerentes à plenitude de defesa, consagrada na Constituição da República de 88. No artigo, contudo, essa circunstância

¹³ Cf. BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

decorre do direito, titularizado (genericamente) por membros da sociedade de participarem da administração da justiça, do que derivaria a vedação ao Estado de se imiscuir no mérito da decisão. É a partir desta consideração que lá se irá conceber a instituição do júri como expressão da *resistência contra o Estado*, paradoxalmente, não pela via do cidadão processado, mas pelo conjunto de pessoas a quem teria sido dado o direito de decidir o mérito da causa, no lugar do Estado-juiz.

É necessário dizer, diante disso, que a instituição do júri não está, nem poderia estar, em contraposição ao Estado, tampouco é certo dizer que o povo participa da administração da justiça sem “intermédio estatal”. O Tribunal do Júri integra os aparelhos oficiais destinados à adjudicação de responsabilidades criminais. O processo instaurado por acusações de crimes dolosos contra a vida é, antes de tudo, expressão do poder estatal consistente em perseguir penalmente as pessoas. O que ocorre, no caso do procedimento do júri, é uma *substituição parcial da atividade judicante, autorizada constitucionalmente*, sem que disso se outorgue ao cidadão, não acusado, direito fundamental de qualquer espécie. Mesmo considerada a ideia de “natureza dúplice do papel normativo do júri”, um deles atinente ao “direito participativo do cidadão de ser jurado”, esta tese não exclui o fato de que, deflagrado o processo judicial, a única pessoa em resistência ao Estado é o cidadão imputado (e sua defesa técnica). A genealogia da instituição do júri, em suma, reflete a luta de forças sociais contra o monopólio absoluto do Estado nas atividades judicantes, uma resistência operada em favor das liberdades fundamentais do indivíduo e não para dar conta do desejo da população em participar do espetáculo punitivo oficial.

Como se observa, a delimitação do conteúdo normativo da soberania dos veredictos não pode ser realizada sem uma compreensão adequada do sentido político-democrático do sistema de garantias no campo processual penal, inclusive e especialmente, a quem ele se destina. Isto implica a necessidade de retomada dos seus *fundamentos* que, como assentado, vinculam-se às estratégias de contenção do poder do Estado, em qualquer espécie de procedimento criminal, envolva acusações de crimes dolosos contra a vida ou não.

O segundo ponto desta “crítica científica” decorre diretamente desses fundamentos e, a meu ver, responde pelo principal obstáculo epistemológico à tese sustentada no artigo.

2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E CULPABILIDADE NORMATIVA

Desde o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, há quatro anos, o tema da execução da pena após condenação criminal em segunda instância ocupa a vida dos brasileiros e suscita divergências acaloradas entre pessoas de diversas profissões e classes sociais. As discussões alimentadas pela grande imprensa, contudo, não trouxeram à praça pública um debate jurídico qualificado, pelo contrário, reproduziram o que há de mais pueril no senso comum teórico dos juristas.¹⁴

O artigo aqui analisado vai bem ao estudar os marcos diferenciados do trânsito em julgado no procedimento do júri, demonstrando domínio em temas relevantes à dogmática processual penal *stricto sensu*, como os limites do sistema recursal, especificidades do procedimento, restrições impostas à magistrados togados em processos desta natureza etc. Ao longo do texto, entretanto, mesmo categorias rígidas como o trânsito em julgado – ele próprio, relacionado à ideia de imutabilidade – se tornaram maleáveis. Esta manobra discursiva, como as outras que visam a aplicar sanções criminais antes de esgotados os recursos, só é possível diante da ausência de uma adequada compreensão do princípio da presunção de inocência, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil desde 5 de outubro de 1988.

Em uma frase: a presunção de inocência é o princípio que governa o direito processual penal brasileiro.¹⁵ Ela traduz uma das mais importantes garantias políticas do cidadão, impondo um dever de tratamento dirigido ao Estado que visa a assegurar um *status: o estado jurídico de inocente*.¹⁶ A

¹⁴ Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁵ A ideia de presunção de inocência como princípio reitor do processo penal brasileiro está presente em diversos trabalhos de Geraldo Prado, a exemplo da última obra publicada no Brasil e no exterior. Cf. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

¹⁶ Os demais desdobramentos da presunção de inocência, por ex., no campo da prova e, conseqüentemente, na constituição de estandartes adequados, critério de julgamento e outros, não integram o objeto desta crítica. A presunção de inocência será pensada enquanto garantia política do cidadão, responsável por assegurar um determinado dever de tratamento. A posição jurídica

partir deste “escudo constitucional”, todos estão (ou deveriam estar) protegidos de prisões automáticas, penas antecipadas, barganhas envolvendo informações em troca de liberdade e outras práticas correntes no sistema de justiça penal brasileiro. A presunção de inocência, em outras palavras, é a *finis flor* dos regimes democráticos que, como escreveu Francesco Carrara, faz dela sua bandeira para opô-la ao acusador e ao inquisidor.¹⁷

A tese em favor da execução imediata da pena no procedimento do júri não pode ser compreendida fora desse quadro, afinal, a presunção de inocência – não a soberania dos veredictos - é a *chave explicativa dos conceitos* que estruturam o regime jurídico dos recursos no processo penal brasileiro. Tais conceitos, como afirma Geraldo Prado, são eminentemente *operacionais* e, dessa forma, “configuram definições que funcionam como critério de racionalidade da jurisprudência criminal, cumprindo a relevante função de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito”.¹⁸

Embora seja uma questão invisibilizada, a identificação da presunção de inocência com o conceito operacional de culpabilidade fática, é a viga que sustenta a tese do autor. A defesa de “marcos diferenciados de trânsito em julgado”, seja no procedimento do júri ou em segunda instância, deixa isso claro: se a existência do fato naturalístico não está mais sob julgamento, há culpa e o condenado deve ser preso. No caso do Júri, ao argumento de que os Tribunais togados não poderão rever o mérito (fato naturalístico), o acusado deve ser encarcerado imediatamente após a prolação da sentença pelo juiz-presidente. A este propósito teórico vem servindo o emprego da soberania dos veredictos, embora o conceito de coisa julgada, da qual decorre a impossibilidade de execução da pena (sem necessidade cautelar), esteja diretamente associada à presunção de inocência.

ostentada pelo indivíduo equivale, nas palavras de Velez Mariconde, a um verdadeiro estado de inocência. Cf. MARICONDE, Velez. *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba. 1981, p. 46, Tomo II.

¹⁷ CARRARA, Francesco. *Il diritto penale e la procedura penale* (prolusione al coso di diritto criminale ed ell' anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa): Opusculi di Diritto Criminale, Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 17

¹⁸ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgada-decisao-condenatoria. Acesso em 16.04.20, p. 02

Geraldo Prado também chamou atenção para o fato de que a defesa da antecipação da execução da pena no Brasil resulta, tal como em outros casos, da má tradução de experiências jurídicas de origem diversa.¹⁹ Ao retomar as lições de Enrique Bacigalupo, observou que estas teses inspiravam-se, por ex., no modelo norte-americano que “atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito”. O modelo do controle social do delito, no qual se inspiram os defensores da execução antecipada da pena, trabalha com um “conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência”.²⁰

As propostas que visam a antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, para evitar os obstáculos impostos pela cláusula pética, contornam o conceito jurídico de culpabilidade, fixando-se numa concepção estritamente fática que não corresponde ao modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela presunção de inocência. Em respeito às experiências históricas do país, a decisão do poder constituinte brasileiro foi a de estender esta proteção jurídica até o esgotamento dos recursos interpostos contra a decisão condenatória. Esta tradição, profundamente antidemocrática, exigiu (e exige) que a persecução penal seja controlada até a última instância do sistema de justiça para que, só depois, possa-se declarar alguém como culpado. A presunção de inocência protege o cidadão até que a responsabilidade criminal esteja *juridicamente resolvida* e não faticamente determinada. Por isso o dispositivo constitucional não traz ressalvas à instituição do Júri, condenação em segunda instância ou qualquer outra.

Em suma, a concepção normativa de culpabilidade, na qual se assenta o princípio da presunção de inocência no Brasil, como disseram Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, exerce uma *função nomofilática*, ou seja, assegura que a pena somente seja executada após o controle, integral e mais eficiente possível, da correta aplicação da Constituição e da lei federal, em todo e qualquer processo criminal no Brasil.²¹

¹⁹ Cf. PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. op. cit. p. 01

²⁰ *Ibid.*, p. 04.

²¹ “O escopo é a preservação do direito objetivo, isto é, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas, e não o direito subjetivo da parte processual

Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.²²

No artigo analisado sustenta-se que a coisa julgada substancial, a qual autoriza a execução imediata da pena, vai ou não incidir, a depender do fundamento do recurso ou, o que dá no mesmo, viabilidade de se alterar o mérito da condenação, circunstância que a instituição do júri limita por natureza. Nesta linha de raciocínio, entende, por ex., que seria possível prender, imediatamente, mesmo o condenado que recorra da dosimetria, pois, “poderia ir cumprindo a pena mínima”. A sentença penal, no entanto, expressa um único ato de poder do Estado, materializada em único título, sobre o qual incidirão os mecanismos de controle e impugnação. A defesa da existência de “marcos diferenciados de trânsito em julgado” ou de “coisa julgada parcial”, incorre, como se observa, em mais de um problema: cria, a *manu militari*, novo conceito de coisa julgada, sem fonte e história, a fim de que seja possível atribuir efeitos materiais a parte de uma decisão, ainda em aberto; incorpora uma visão “gradualista” da presunção de inocência que, tal como alertado por Maurício Zanoide, não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da presunção de culpa.²³

A bem da verdade, os esforços teóricos para execução imediata ou antecipada da sanção criminal sustentam-se, implicitamente ou não, na retórica da “luta contra a impunidade” e maior “eficiência penal”.

que se sinta prejudicada e interponha tais meios de impugnação”. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, p. 21 (Parecer). Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em 16.04.20

²² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência*. op, cit. p. 20

²³ CF. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Na prática, a tese visa a reduzir o processo penal ao papel de controle da criminalidade e instrumento de pacificação social,²⁴ uma finalidade que não é adequada ao modelo constitucional de devido processo penal, governado pela presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...) nos últimos tempos (para não dizer anos), várias propostas surgiram no sentido de tornar o cumprimento da pena mais rápido e, conseqüentemente, no entendimento de muitos, o combate à criminalidade também mais efetivo.

O interessante é que, em sua grande maioria, as propostas possuem um viés punitivo. As sugestões vão da criação de novos tipos penais, passando pelo aumento do quanto da pena bem como do tempo do seu efetivo cumprimento e pela sua execução imediata após o esgotamento das vias ordinárias, e chegando, no fim, a obstáculos à progressão no seu cumprimento.

Sebastião Reis Júnior

Segundo o Atlas da Violência de 2019, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2017, houve 65.602 homicídios no Brasil, “maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país.”²⁵ A alta taxa de violência letal que acomete a população jovem e negra, vem alcançando outros grupos específicos, especialmente as mulheres e a população LGBTQ.

Na ausência de dados oficiais confiáveis a respeito do percentual de homicídios solucionados no país, a sociedade civil tem realizado importante trabalho de pesquisa e divulgação de informações sobre a cifra

²⁴ O mito do processo penal como instrumento de segurança pública ou pacificação social foi profundamente estudado por Rubens Casara: CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

²⁵ *Atlas da Violência 2019*. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em 16.04.20.

oculta envolvendo este crime e sua investigação. Levantamento realizado pelo *Monitor da Violência*, iniciativa de uma empresa de comunicação social, indicou que após 2 anos da identificação de inquéritos, instaurados em uma mesma semana em diversos pontos do Estado do Rio de Janeiro, 73% deles continuavam totalmente em aberto.²⁶ No ano de 2018, a Agência Lupa, por meio do cruzamento entre a Lei de Acesso à Informação e dados obtidos junto ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, analisou a situação dos inquéritos abertos para apurar, em específico, a prática de homicídios dolosos: apenas 331 dos 5.042 registros de homicídios dolosos feitos no Estado do Rio de Janeiro em 2016 levaram a denúncias. A taxa de homicídios não “esclarecidos” alcançou, portanto, o percentual de 93,44%.²⁷

A polícia judiciária brasileira, notadamente a civil, possui notório quadro de precariedade material e humana, da qual resulta um número escandaloso de investigações sobre homicídios dolosos, sem conclusão quanto à autoria. A indignação de Sebastião Reis Júnior está plenamente justificada.²⁸ É preciso reproduzi-la:

Vale a pena citar, aqui, a situação do Júri. Quase 90% dos casos de homicídio não são desvendados. E aí pergunto se será o aumento do quanto da pena possível de ser cumprida ou mesmo a possibilidade de seu cumprimento se iniciar após a sentença de primeira instância, ou após o esgotamento das instâncias ordinárias, que tornará o Estado mais eficiente na punição do crime de homicídio?

Não é preferível se aparelhar a Polícia para que investigue a contento os casos de homicídio e a Justiça para que os julgue com a celeridade necessária antes mesmo de se discutir se a condenação deve ser cumprida de imediato ou após o esgotamento das vias ordinárias ou após o seu trânsito em definitivo?

²⁶ A notícia se refere a inquéritos instaurados em 2017 e reanalisados em 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/24/monitor-da-violencia-2-anos-depois-73percent-dos-inqueritos-de-homicidios-ainda-estao-em-andamento-no-rj.ghtml>. Acesso em 16.04.20.

²⁷ Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/09/11/esclarecimento-homicidios-rj/>. Acesso em 16.04.20.

²⁸ REIS JUNIOR, Sebastião. *O tempo do processo penal*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/324921/presuncao-de-inocencia-nao-mais-orienta-operadores-do-direito-adverte-ministro-sebastiao-reis>. Acesso em 16.04.20

Seria necessário realmente discutirmos a antecipação do cumprimento da pena se esses processos durassem, por exemplo, o que duram, em média, no Paraná – dois anos e nove meses?

Será que essa efetividade que se procura não passa, primeiro, pelo aparelhamento da Polícia? Por uma maior agilidade da Justiça, agilidade essa que depende, não só da legislação, mas da sua estruturação humana e material?

A tese de execução imediata da pena, após condenação no júri, assim como da execução após condenação em segunda instância, apoia-se na igualdade hierárquica entre direitos (e garantias) fundamentais do acusado e dever do Estado de garantir justiça eficiente,²⁹ com a diferença que, no primeiro caso, fala-se em soberania dos veredictos e, no segundo, somente em dever-poder do Estado de repressão ao delito. A entrada em cena da *soberania dos veredictos*, contudo, parece ir além, pois convoca uma narrativa em que *o interesse da comunidade* na aplicação da pena aparece de forma mais preponderante que o direito fundamental (garantia) do acusado de “resistir a pretensões de restrições de direitos fundamentais”.³⁰

A presunção de inocência, conforme prevista na Constituição da República de 1988, não admite esta equiparação. Sob o seu “governo”, a soberania dos veredictos deve ser concebida como parte da estratégia democrática de valorização dos direitos processuais do acusado e não o contrário. Tal ponto de partida, reflexo dos fundamentos de um direito processual penal democrático e acusatório, permite suscitar questões diversas das que foram levantadas no artigo, como por ex., a de saber se deve ou não admitir-se o recurso do Ministério Público contra a soberana decisão dos jurados que absolvem o réu.

REFERÊNCIAS

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *El Canon neoconstitucional* Madrid: Editorial Trotta, 2010.

²⁹ PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. op. cit. p. 05.

³⁰ *Ibid.*, p. 06.

BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Hermenéutica del proceso penal. 1a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARRARA, Francesco. *Il diritto penale e la procedura penale* (prolusione al corso di diritto criminale ed ell' anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa): Opusculi di Diritto Criminale. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V.

CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal*. Dogmática e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: a teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GINZBURG, Carlo. *Relações de Força: história, retórica, prova*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário*. In: GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas e sinais*. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. (Parecer). Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em 16.04.20

MARICONDE, Velez. *Derecho Procesal Penal*. Cordoba: Marcos Lerner Editora. 1981, Tomo II.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas: 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal-luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 2000.

PRADO, Geraldo. *Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. In: *Em torno da Jurisdição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgadoda-decisao-condenatoria. Acesso em 16.04.20.

REIS JUNIOR, Sebastião. *O tempo do processo penal*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/324921/presuncao-de-inocencia-nao-mais-orienta-operadores-do-direito-adverte-ministro-sebastiao-reis>. Acesso em 16.04.20

TIBURI, Marcia. CASARA, Rubens R.R. *Ódio à inteligência: sobre o anti-intelectualismo*. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/50931-2/>. Acesso em 16.04.20

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial – crítica científica

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 19/04/2020
 - Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2020
 - Retorno rodada de correções: 21/05/2020
 - Decisão editorial final: 21/05/2020
- Equipe editorial envolvida**
- Editor-chefe: 1 (VGV)

COMO CITAR ESTA CRÍTICA CIENTÍFICA:

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 1059-1078, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.388>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.