

OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO NOVO ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE NEW ART. 492 OF THE BRAZILIAN CODE OF
CRIMINAL PROCEDURE

Mauricio Januzzi Santos¹

Marcus Vinicius Barbosa de Campos²

RESUMO

A lei n. 13.964/2019 trouxe diversas alterações na legislação que trata de matéria criminal no Brasil. Uma delas foi no art. 492 do Código de Processo Penal. Com a nova redação, os condenados pelo Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos, deverão ser imediatamente presos e iniciar o cumprimento antecipado da pena. Diante disso, no presente trabalho, buscou-se analisar a constitucionalidade do dispositivo. Foi feita uma análise da evolução legislativa e da jurisprudência do STF sobre o tema presunção de inocência. Ao final do artigo, foi concluído que em que pese o dispositivo legal estar em vigência, ele é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Sua constitucionalidade, inclusive, está sendo apreciada pelo STF atualmente e já teve repercussão geral reconhecida. Também, concluímos que essa nova redação apenas poderá ser aplicada aos casos que ocorreram posteriormente à vigência da lei, por ser norma processual material. O método adotado foi o dedutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica em fontes primárias, secundárias e terciárias.

Palavras-chave

Processo Penal; Direito constitucional; Procedimento do Júri; Execução antecipada da pena; Presunção de inocência.

ABSTRACT

The Law n. 13,964/2019 brought several changes in the legislation dealing with criminal matters in Brazil. One of them was in art. 492 of the Code of Criminal Procedure. With the new wording, those convicted by the popular trial to 15 years or more, they must be immediately arrested and begin the early execution of the sentence. Therefore, in the present work, sought to analyze whether the device is compatible with the Constitution. An analysis of the legislative developments and jurisprudence of the Supreme Court on the presumption of innocence. At the end of the article, it was concluded that even if the legal provision is in force, it is incompatible with the principle of the presumption of innocence. Its violation of the Constitution, including,

¹ Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e graduação em Direito pela Universidade Paulista (1995). Atualmente é professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, assistente mestre da Universidade de Mogi das Cruzes, membro - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo e professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Departamento III - Penal, Processo Penal e Medicina Legal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: lei seca, lei de trânsito, tribunal do júri, crimes de trânsito e assistência jurídica. mauriciojanuzzi@uol.com.br - <https://orcid.org/0000-0001-9340-5450>.

² Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. vbarbosacampos@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0002-5107-1779>

is being evaluated by the Supreme Court currently and has already had general repercussion recognized. We also conclude that this new wording can only be applied to cases that occurred after the law was valid, as it is a material procedural rule. The method adopted was deductive. The technique used was bibliographical research in primary, secondary and tertiary sources.

Keywords

Criminal Procedure; Constitutional law; Procedure of the People's Jury; Early execution of the sentence; Presumption of innocence.

INTRODUÇÃO

Não é novidade que a lei nº 13.964/2019 trouxe diversas alterações nas legislações que tratam de matéria criminal no Brasil. A mudanças promovidas pelo pacote anticrime - como a legislação é comumente chamada – geraram (e ainda geram) uma série de polêmicas tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Podemos citar, por exemplo, a inserção do parágrafo quinto no artigo 171 do Código Penal, que fez com que – em regra – seja necessária representação da vítima para propositura de ação penal cuja imputação seja o crime de estelionato. Ou seja, o crime de estelionato – que antes era de Ação Penal Pública Incondicionada (APPI), passou a ser - após as alterações legislativas promovidas pelo “Pacote Anticrime” - de Ação Penal Pública Condicionada à Representação (APPCR), salvo se a vítima for a Administração Pública (direta ou indireta); criança ou adolescente; pessoa com deficiência; ou maior de 70 anos de idade ou incapaz. Nesses casos, ainda independe de representação da vítima para início da persecução penal.

Outra alteração polêmica foi a previsão do juiz de garantias, inserida nos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, e cuja eficácia está suspensa em razão da medida cautelar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 MC/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Outra alteração polêmica foi a promovida no artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP). Essa, será abordada com maior afinco, pois é o objeto do presente artigo.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e em periódicos jurídicos; documental; em legislação e em sites eletrônicos.

1. SENTENÇA ORIUNDA DO TRIBUNAL DO JÚRI - SITUAÇÕES

Vale inicialmente colocar uma tabela comparativa sobre as respectivas alterações. Assim, vejamos as alterações que foram feitas no texto legal:

Redação ANTES da Lei nº13.964/2019	Redação DEPOIS da Lei nº 13.964/2019
<p>Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá a sentença que:</p> <p>I – no caso de condenação:</p> <ol style="list-style-type: none"> fixará a pena-base; considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; imporá os aumentos ou diminuições de pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; observará as demais disposições do art. 387 deste Código; mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva; estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; <p>II – no caso de absolvição:</p> <ol style="list-style-type: none"> mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas; imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível. <p>§1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995</p> <p>§2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no §1º deste artigo</p>	<p>Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:</p> <p>I – no caso de condenação:</p> <ol style="list-style-type: none"> fixará a pena-base; considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; observará as demais disposições do art. 387 deste Código; mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; <p>II – no caso de absolvição:</p> <ol style="list-style-type: none"> mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas; imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível. <p>§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.</p>

	<p>§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.</p> <p>§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.</p> <p><u>§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.</u></p> <p>§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:</p> <p>I - não tem propósito meramente protelatório; e</p> <p>II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.</p> <p>§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.</p>
--	--

Como pode ser visto através da tabela comparativa acima, houve relevantes alterações no artigo 492 do Código de Processo Penal.

No tocante à sentença oriunda do Tribunal do Júri, é necessário distinguir três situações: i) absolvição do réu; ii) condenação do réu a pena inferior a 15 anos; iii) condenação do réu a pena superior a 15 anos.

1.1. Absolvição do réu

A sentença proferida no procedimento do Júri é subjetivamente complexa, uma vez que envolve dois órgãos jurisdicionais diversos: a) o Conselho de Sentença, responsável por apreciar o fato e suas circunstâncias; e b) o juiz togado, responsável por aplicar a pena.

Com efeito, no caso de sentença absolutória própria, não há maiores problemas. Se o réu estiver preso, deverá o juiz togado determinar sua imediata soltura, salvo se exista outro motivo para lhe manter recluso. Também, deverá o magistrado revogar eventuais medidas restritivas provisoriamente decretadas. É o que estabelece o artigo 49, inciso II, alíneas *a* e *b* do Código de Processo Penal.

Por outro lado, no caso de sentença absolutória imprópria, deverá o magistrado impor a medida de segurança cabível (artigo 492, inciso II, alínea *c*, do Código de Processo Penal).

1.2. Condenação à pena inferior a 15 anos

Caso o réu seja condenado pelo Conselho de Sentença e o juiz-presidente fixe a pena inferior a 15 anos de reclusão, caberá ao magistrado decidir: a) se preso, deverá ser solto até o trânsito em julgado da ação, b) se solto, deverá ser mantido solto até o trânsito em julgado da ação, e c) se solto, deverá ser preso (artigo 492, inciso I, alínea *e*, primeira parte, Código de Processo Penal).

Para tanto, deverá levar em conta o disposto no artigo 387, §1º, do Código que determina que em caso de condenação, deverá o juiz decidir fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

A prisão, nesse caso, ocorrerá apenas se cumpridos os requisitos da prisão preventiva, ou seja, não será caso de execução provisória da pena.

Conforme explica Rogério Sanches:

A orientação que sempre nos pareceu razoável é no sentido de que: 1) tendo o réu respondido solto ao processo implica dizer que ele não deu causa à revogação de sua liberdade provisória, caso tenha sido preso em flagrante ou à decretação de sua prisão preventiva. Ora, ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, é justo que, uma vez condenado, possa em liberdade recorrer. Já se respondeu ao processo preso, não faz sentido seja, depois de condenado em plenário, colocado em liberdade. Claro: se antes já se reuniam os elementos justificadores da prisão provisória, agora, em face da condenação, com mais razão ainda deve ser ele mantido no cárcere, enquanto aguarda o julgamento. (CUNHA, 2019, p.305).

Nos alinhamos a tal posição. Ora, se o réu permaneceu durante todo o processo em liberdade, deve ele assim permanecer na fase recursal – salvo se advier alguma situação nova que admita a decretação de prisão preventiva. Lembremos que a lei nº 11.719/2008 revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal que estabelecia que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se primário e de bons antecedentes ou se fosse condenado por crime de que se livre solto.

Fato é que em razão do princípio da presunção da inocência, a regra geral é a de que o réu só poderá ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal c.c. artigo 283 do Código de Processo Penal.

Situação diversa ocorre no caso em que o réu respondeu o processo preso preventivamente. Como é sabido, na prisão preventiva vige a cláusula *rebus sic stantibus*. Dessa forma, caso não desapareça o motivo que ensejou a prisão preventiva, deve o réu permanecer preso, ainda mais após a sentença condenatória.

1.3. Condenação do réu a pena igual ou superior a 15 anos

Aqui reside uma das maiores polêmicas trazidas pela “Lei Anticrime”.

Com a nova redação dada pela lei nº 13.964/2019, o artigo 492, inciso I, alínea *e*, do Código de Processo Penal, passou a estabelecer que em caso de condenação à pena privativa de liberdade superior a 15 anos, o Juiz-Presidente determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Antes de discorrer acerca da (in)constitucionalidade de tal disposição legal, é necessário fazer uma breve digressão sobre a legislação processual penal brasileira e analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao entrar em vigor, o Código de Processo Penal – inspirado no modelo fascista italiano - estabelecia em seu artigo 594 que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.

O artigo 393, inciso I, por sua vez, determinava que

são efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Por fim, o artigo 669, inciso I, possuía a seguinte redação:

só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança.

Isto posto, percebe-se que a prisão era concebida como efeito automático da sentença condenatória recorrível, estando o efeito suspensivo da apelação limitado às hipóteses de fiança e àquelas em que o réu se livrava solto.

Em novembro de 1973, a lei nº 5.941 (“Lei Fleury”) alterou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

Alterou, também, o *caput* do artigo 596, que passou a ter a seguinte redação: “a apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto em liberdade”.

Com efeito, com as alterações, o recurso de apelação passou a ser dotado de efeito suspensivo quando: a) nos casos em que a fiança fosse cabível; b) quando condenado por crime que se livre solto; ou c) se primário e de bons antecedentes. Fora de tais hipóteses, o réu deveria ser preso depois da sentença condenatória.

Muito se questionou, na época, acerca da constitucionalidade dessas prisões e a compatibilidade com o princípio da presunção da inocência. Durante anos, prevaleceu nos Tribunais Superiores o entendimento de que eram sim constitucionais e tinham natureza jurídica de prisão cautelar. Diziam os ministros da Corte que se o réu não é primário, não possui bons antecedentes e foi condenado, deverá fugir, afigurando-se imprescindível a prisão de modo a assegurar a aplicação da lei penal. (LIMA, 2018, p. 1026).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a súmula nº 9, cuja redação é a seguinte: “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Em que pese o entendimento das Cortes Superiores, a doutrina, em sua maioria, sempre se posicionou de maneira contrária. Visualizavam que não havia nada de cautelar nessa prisão e, na verdade, era uma verdadeira execução provisória da pena, o que representava clara violação ao princípio da presunção da não culpabilidade.

Conforme explica Renato Brasileiro de Lima, a uma porque essa prisão não trazia em si as características de uma medida cautelar: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade. (LIMA, 2018, p. 1027).

A duas por firmar uma indevida presunção de que, por não ser primário e portador de bons antecedentes, o condenado irá fugir, sendo a sua prisão medida necessária para garantir a aplicação da lei penal.

Por se tratar de uma prisão provisória – conforme defendia as Cortes Superiores – não seria possível admitir a privação cautelar como efeito automático da sentença condenatória recorrível, caso contrário estar-se-ia admitindo uma hipótese de prisão provisória desprovida de qualquer circunstância fática do caso concreto que a justificasse.

A questão foi solucionada pelo Poder Legislativo em 2008, com o advento da lei 11.719/08 que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

O artigo 3º da supracitada lei revogou expressamente o artigo 594³ do CPP. Além disso, inseriu o parágrafo único⁴ no artigo 387 com a seguinte redação “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

No tocante a procedimento especial do Tribunal do Júri, inseriu a alínea *e*, no inciso I do artigo 492, cuja nova redação passou a determinar que o juiz - presidente, ao proferir sentença no caso de condenação, mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ou seja, se antes a prisão logo após a sentença condenatória era regra, após a mudança legislativa de 2008 se tornou exceção.

Por fim, em maio de 2011 foi publicada a lei nº 12.403 que conferiu a seguinte redação ao artigo 283 do CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Tais alterações fizeram com que a legislação evoluísse. Também, alinharam o Código de Processo Penal com o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁵).

Não foi só a legislação que evoluiu. A jurisprudência dos Tribunais Superiores também passou a caminhar nesse sentido.

³ O art. 594 previa que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”

⁴ O parágrafo único foi transformado em parágrafo primeiro pela lei 12.736/2012

⁵ Art. 5º, inciso LVII, CF: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em fevereiro de 2009, o Plenário do STF, ao julgar o *Habeas Corpus* 84.078, em decisão dividida (7x4), firmou entendimento de que é inconstitucional a execução antecipada da pena⁶.

Os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram favoravelmente à concessão da ordem e, portanto, no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória contraria o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Por outro lado, os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie votaram contra a concessão da ordem e, conseqüentemente, seguiram o entendimento que a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não contraria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Sete anos depois, em fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou o tema ao julgar o *Habeas Corpus* 126.262. Com uma nova composição, a Corte alterou o entendimento até então vigente e fixou a tese de que o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência⁷. A votação foi dividida (7x4).

Na oportunidade, os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor da constitucionalidade da prisão após decisão condenatória de segundo grau. Foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Diante dessa polêmica mudança de entendimento, foram ajuizadas 3 Ações Diretas de Constitucionalidade – ADCs 43, 44 e 54 – em que se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal⁸.

Enquanto estava pendente o julgamento das ADCs – e, portanto, predominava o entendimento de que era constitucional a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau – a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu duas decisões admitindo a execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do

⁶ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>> Acesso em: 03/08/2020.

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>> Acesso em: 03/08/2020.

⁸ Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Júri, sem que haja necessidade de se aguardar o julgamento em segundo grau de jurisdição e independentemente do *quantum* de pena aplicado na sentença condenatória⁹.

Houve, também, diversas decisões monocráticas dos ministros da Corte admitindo o cumprimento imediato da pena no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, após o encerramento das instâncias ordinárias¹⁰.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,

(...) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, alínea c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Assim, a interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas¹¹.

Nesse mesmo contexto, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) publicaram o Enunciado nº 37, cujo teor é o seguinte: “A execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri é constitucional, fundamentando-se na soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, alínea c)”.

No segundo semestre de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pautou as ações constitucionais para julgamento.

O julgamento foi finalizado dia 7 de novembro e foi marcado por uma nova mudança de entendimento da Corte. Em julgamento apertado, 6 votos a 5, o Supremo adotou o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso

⁹ STF, 1ª Turma, HC 140.449/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018 e STF, 1ª Turma, HC 118.770/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07/03/2017, DJe 82 20/04/2017

¹⁰ Decisão Monocrática na Petição Avulsa no HC 118.039/MA, do Min. Dias Toffoli, j. 05/12/2017; Decisão Monocrática no HC 147.957/RS, do Min. Gilmar Mendes, j. 23/11/2017; Decisão Monocrática no HC 148.720/AL, do Min Edson Fachin, j. 31/10/2017; Decisão Monocrática no HC 145.496/RS, Min. Rosa Weber, j. 05/10/2017

¹¹ STF, HC 118.770, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017

LVII, da Constituição Federal e, portanto, é inconstitucional a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau. Ficaram vencidos os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia.

Em que pese a mudança de entendimento da Corte, a Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 492, inciso I, alínea *e*, do CPP, que passou a estabelecer que em caso de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, deverá o juiz presidente determinar a execução provisória da pena em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos, com a expedição do respectivo mandado de prisão, sem prejuízo de eventuais recursos a serem interpostos. Nota-se que o verbo utilizado é *deverá*, ou seja, o magistrado não possui discricionariedade. Ele será obrigado a determinar a prisão.

Diante de todo o exposto acima questiona-se: seria o novo artigo 492, inciso I, alínea *e*, do Código de Processo Penal, constitucional?

A doutrina diverge.

2. FAVORÁVEIS À TESE DE CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ARTIGO 492, INCISO I, ALÍNEA E, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Processo Penal, faz aprofundada análise acerca das duas correntes doutrinárias que se formaram: uma que se alinha à tese favorável à constitucionalidade do dispositivo acima citado e outra que se alinha à tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal. (LIMA, 2018, p. 1539).

Explica o autor que a parte da doutrina que sustenta ser constitucional o supracitado artigo e o faz com base nos seguintes argumentos:

Seguindo o entendimento trilhado pela 1ª Turma do Superior Tribunal Federal nos julgamentos do HC 140.449/RJ e HC 118.770/SP, entendem que a soberania dos veredictos – previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Carta Magna e que protege a capacidade decisória dos jurados – demanda o cumprimento imediato de sua decisão.

Os defensores da constitucionalidade do dispositivo legal entendem que se o Conselho de Sentença deliberou e decidiu pela condenação, sua vontade deve ser executada de imediato.

A uma porque a decisão é soberana e, portanto, quanto ao mérito, não está sujeita à modificação ou à substituição pelo juízo *ad quem*. Este poderá, apenas, em sede de juízo rescindente, determinar a realização de novo julgamento por outro corpo de jurados nos casos

de nulidade posterior à pronúncia ou quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos (artigo 593, inciso III, alíneas *a* e *d*, CPP.).

A duas porque, conforme explica o autor, o procedimento bifásico do Júri é composto por diversos “filtros” – recebimento da denúncia e a pronúncia – em que há análise aprofundada de autoria e materialidade delitiva, de modo que, passadas essas fases, há maior segurança e certeza acerca da culpabilidade do réu.

Portanto, pela linha de raciocínio adotada, a probabilidade de um acusado que não possui envolvimento com o delito ser denunciado, pronunciado, condenado pelo Conselho de Sentença e preso injustamente é mínima, tendo em visto que nesse procedimento especial há diversas fases em que são verificadas autoria e materialidade delitiva.

Por fim, sustentam a tese de que com a condenação do acusado pelo Conselho de Sentença, iria se formar coisa julgada do capítulo da sentença referente à culpabilidade e, portanto, seria constitucional o cumprimento da pena.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima

De mais a mais, com a condenação do acusado pelo Conselho de Sentença, ainda que sujeita à condição resolutiva do possível provimento da apelação do art. 593, III, alínea “d”, do CPP, formar-se-ia coisa julgada do capítulo da sentença atinente à sua culpabilidade, já que os recursos cabíveis não mais poderiam discutir o mérito da condenação, o que também justificaria o cumprimento imediato da decisão soberana do Júri. Aliás, se admitirmos que o cabimento de apelação contra decisão condenatória do júri pelo fato de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos teria o condão de obstar o trânsito em julgado, vez que, na eventualidade de seu provimento, haveria a cassação da decisão impugnada (juízo rescindente), então também teríamos que aguardar *ad aeternum* pelo julgamento de possível revisão criminal, já que está, à semelhança de apelação do art. 593, III, “d”, do CPP, também pode ser ajuizada objetivando a cassação da decisão impugnada quando a decisão condenatória for contrária à evidencia dos autos (CPP, art. 621, I, *in fine*) (...)”. (LIMA, 2018, p. 1540).

3. FAVORÁVEIS À TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ARTIGO 492, INCISO I, ALÍNEA E, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Por outro lado, parcela da doutrina se filia à tese de que o disposto no artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal – ou seja, execução provisória da sentença condenatória do Júri igual ou superior a 15 anos de reclusão – é inconstitucional.

Sustentam tal ponto de vista jurídico com base nos argumentos a seguir explicados.

O artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o chamado princípio da presunção da inocência.

O artigo 283 do Código de Processo Penal fixa que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Essa redação foi dada, inclusive, pela lei nº 13.964/2019.

Em que pese as polêmicas já mencionadas no texto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pacificou o entendimento de que a presunção de inocência do réu perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nessa mesma oportunidade, a Corte decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com a conseqüente proibição de que penas sejam executadas antes do julgamento dos recursos.

Isto posto, tendo em vista os artigos acima mencionados e a jurisprudência do STF, a prisão só poderá ocorrer em três oportunidades: i) flagrante delito, ii) prisão cautelar, e iii) condenação transitada em julgado.

Com efeito, a busca por um sistema penal mais eficiente não autoriza que sejam atropelados direitos e garantias fundamentais do acusado.

Se a permanência do acusado em liberdade após a condenação em primeira instância pelo Tribunal do Júri representa um risco à execução da pena ou à ordem pública, impõem-se a decretação cautelar.

No entanto, se não houver o *periculum libertatis* do artigo 312 do CPP, não se pode admitir a execução provisória da sentença condenatória, sob pena de violar diretamente o princípio da presunção de inocência.

Nota-se a jurisprudência do Tribunal Pleno do STF ao longo desses anos. Até meados de 2008, predominava o entendimento na Corte da constitucionalidade dos dispositivos legais que determinavam a prisão após a sentença condenatória. Mas, para a Corte, tal prisão tinha natureza cautelar, pois os Ministros entendiam que se a natureza jurídica fosse de execução provisória, violaria a garantia constitucional da presunção de inocência.

Em 2016, a Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.262, mudou o entendimento fixou a tese de que o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência. Na época, um dos argumentos utilizados pelos Ministros defensores de tal tese foi o de que a presunção de inocência cessava

com a condenação em segunda instância, uma vez que há o exaurimento da análise da matéria fática. Diziam que os recursos aos Tribunais Superiores apenas tratam de matéria de direito. Aqui, a natureza jurídica da prisão era de execução provisória da pena.

Como é sabido, tal entendimento já está superado na Corte. Mas é importante ressaltar o seguinte: mesmo na época em que estava em vigência, a presunção de inocência se estendia até o Tribunal de Apelação.

Ou seja, em síntese, o STF já adotou dois entendimentos favoráveis à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: 1) é constitucional a prisão após sentença condenatória de primeiro grau, mas com natureza jurídica de prisão cautelar; e 2) é constitucional a prisão após a sentença condenatória de segunda instância, pois nesse julgamento há o exaurimento da análise da matéria fática. E nesse segundo caso, a natureza jurídica é de execução provisória da pena.

O legislador, ao elaborar o novo artigo 492, inciso I, alínea *e*, CPP, estabeleceu que “(...) no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, **determinará a execução provisória das penas**, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. Criou uma nova possibilidade de prisão, após sentença condenatória de primeiro grau, estabelecendo expressamente que sua natureza jurídica é de execução provisória da pena.

Ou seja, é flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Viola diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência e a jurisprudência atual do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, viola o artigo 8º, n. 2, alínea *h*, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹², da qual o Brasil é signatário.

Em que pese os apoiadores da constitucionalidade do dispositivo sustentarem que a soberania dos veredictos representa um óbice para ao Tribunal formado por juízes togados modificar, no mérito, a decisão proferida pelos jurados, não se pode concluir que as decisões do Júri são definitivas, irrecorríveis e, por isso, exequíveis de imediato. Conforme explica Renato Brasileiro de Lima,

A soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal ostenta valor meramente relativo, do que se conclui que as decisões do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade, sendo plenamente possível que o Juízo ad quem determine a cassação da decisão de 1ª instância do Júri para que o acusado seja submetido a novo julgamento, se caso restar evidenciado

¹² Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

que a decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos. (LIMA, 2018, p. 1540).

Não é possível adotar raciocínio jurídico que permita a execução provisória de uma prisão penal, decorrente de decisão condenatória proferida por órgão especial do Poder Judiciário pertencente à primeira instância, se esta decisão ainda está sujeita a controle recursal pelo próprio Poder Judiciário.

Ademais, como já mencionado acima, a própria lei 13.964/2019 conferiu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal e foi expressa ao determinar que a prisão só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contrariando o estabelecido no artigo 492, inciso I, alínea *e*.

Vale mencionar que a constitucionalidade da execução imediata da pena aplicada pelo Tribunal do Júri já está sendo julgada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340, com repercussão geral reconhecida (Tema 1068).

Até o fechamento da obra, já haviam votado os Ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso (relator) e Gilmar Mendes.

Os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso se posicionaram favoravelmente à constitucionalidade da execução imediata, fixando a seguinte tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, julgou pela não possibilidade de execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, assentando a seguinte tese:

A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.

Ao final, o Ministro declarou a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/2019 ao artigo 492, I, *e*, do Código de Processo Penal.

O ministro Ricardo Lewandowski pediu vista.

Resta aguardar um posicionamento de todos os membros da Corte. Enquanto isso não ocorre, o dispositivo permanece vigente.

Vale, também, mencionar o disposto no parágrafo 3º do art. 492, que estabelece que o presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea *e* do inciso I do caput deste artigo,

se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

Já o parágrafo 5º do artigo 492, CPP, prevê uma possibilidade excepcional de se atribuir efeito suspensivo à apelação interposta contra decisão condenatória do Júri. Fixa que:

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Ou seja, quando recurso não tiver propósito protelatório e levantar questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena, a apelação poderá ter efeito suspensivo atribuído pelo Tribunal de Justiça.

Ressalta-se duas coisas: i) os requisitos são cumulativos; e b) o Tribunal não será obrigado a atribuir o efeito suspensivo quando cumprido os requisitos. O Código usa o verbo poderá, ou seja, coloca todo o poder na mão do magistrado para decidir.

Por questão substancial, em que pese ser um conceito indeterminado e vago, deve-se entender que seja uma questão relevante, séria e que tenha possibilidades concretas de beneficiar o réu.

No tocante ao recurso não protelatório, dependerá da análise do caso concreto. É mais um conceito vago e indeterminado utilizado pelo legislador e que coloca nas mãos do magistrado muito poder. Mas, como exemplo, podemos citar: aquele recurso contra tese já pacificada em Tribunais Superiores; ou aquele em que a matéria recorrida não se enquadre em alguma das hipóteses do artigo 593, III do CPP.

Por fim, cumpre fazer breve análise sobre o direito intertemporal. O disposto no artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal já será aplicado aos processos que estão em curso ou não poderá retroagir para atingir fatos delituosos cometidos antes da vigência da lei nº 13.964/2019?

A doutrina diverge.

Há quem sustente que a execução imediata da condenação imposta no Tribunal do Júri deve ter aplicação imediata. Esse foi entendimento adotado pelo STF no julgamento do HC 126.292. Os Ministros entenderam que é norma genuinamente processual e, por isso, teria aplicação imediata, nos termos do artigo 2º, CPP.

Por outro lado, alguns juristas, como é o caso de Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2018, p. 1544), entendem que é norma processual material, visto que reflete na liberdade do agente. Diante disso, só poderia ser aplicado aos fatos posteriores à vigência da Lei Anticrime, sob pena da violação ao princípio da irretroatividade de lei penal mais grave.

CONCLUSÃO

O artigo analisou a lei nº 13.964/2019 nas suas diversas alterações introduzidas no Código de Processo Penal. Uma delas foi no Procedimento do Tribunal do Júri, conferindo nova redação ao artigo 492, inciso I, alínea *e*, para prever a possibilidade de execução provisória da sentença condenatória caso a pena imposta seja igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Tal disposição legal é de constitucionalidade duvidosa. A matéria está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340, com repercussão geral reconhecida (Tema 1068). Três ministros já votaram. Os ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli votaram favoravelmente à constitucionalidade da execução provisória da pena imposta a sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri. O Ministro Gilmar Mendes por sua vez, votou pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Fato é que enquanto o disposto no artigo não for declarado inconstitucional, ele permanece vigente no ordenamento jurídico e, se o STF seguir o entendimento até então adotado, tal disposição legal terá aplicação imediata e atingirá os processos em curso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18/08/2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 18/08/2020

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18/08/2020.

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso em 18/08/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 18/08/2020.

BRASIL. **Lei nº 5941, de 22 de novembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15941.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Os%20artigos%20408,os%20motivos%20do%20seu%20convencimento> Acesso em 18/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, **Habeas Corpus 118.770/SP**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, **Habeas Corpus 140.449/RJ**, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 06/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54**, relator Ministro Marco Aurélio, julgadas em 07/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.262**, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. 1ª ed. 2019. Editora Juspodivm. Salvador/BA.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. Único. 6ª ed. 2018 / 8ª ed. 2020, Salvador, Editora JusPODIVM.

Recebido – 19/08/2020
Aprovado – 08/05/2021