

O ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

*Karoline Aparecida Corrêa Felisbino¹¹
Patrícia Ribeiro Mombach¹²*

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, a competência da instituição do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra vida. Assim, quem dolosamente atentar contra vida de outrem, terá o direito constitucional de ser julgado por seus semelhantes, os jurados que comporão o conselho de sentença da comarca palco do crime, sendo, portanto, órgão do primeiro grau de jurisdição. Contudo, a Carta Magna deixou a cargo da legislação ordinária a organização e os procedimentos afetos ao júri. Por sua vez, o Código de Processo Penal, reservou espaço entre os artigos 406 e 497 para tratar do rito específico do Tribunal do Júri. É consabido que a Lei n.º 13.964/2019, mais conhecida como pacote anticrime, alterou substancialmente o ordenamento jurídico criminal e inclusive, deu nova roupagem ao artigo 492 do Código de Processo Penal, que trata das providências decorrentes da sentença prolatada pelo juiz presidente, após a decisão dos jurados. Atualmente, de acordo com a parte final da alínea “e” do inciso I, do artigo 492, do Código de Processo Penal, é possível a execução provisória da pena automaticamente em caso de condenação à pena igual ou superior a quinze anos de reclusão. Logo, notório o conflito da inovação legislativa com os artigos 283 e 313, §2º, do mesmo caderno processual. Flagrante ainda, a violação à ordem constitucional, sobretudo, aos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição. Com essas considerações, o presente artigo, objetiva evidenciar à comunidade jurídica não só inconstitucionalidade trazida pela novel legislação, bem como o retrocesso jurídico ao trazer à tona um tema já apreciado e vedado pela mais alta corte brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Provisória da Pena; Tribunal do Júri; Inconstitucionalidade; Presunção de Inocência; Duplo Grau de Jurisdição.

¹¹ Especialista em Direito Público e Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau/SC – FURB. Assessora de Gabinete no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: karolineacf@yahoo.com.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3714251873989566>

¹² Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professora da Universidade do Sul de Santa Catarina E-mail: patriciamombach@yahoo.com.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0019369097205346>

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.964/2019, publicada em 24 de dezembro de 2019, trouxe significativas alterações à legislação penal e processual penal. Dentre elas, e uma das mais polêmicas previsões legais constantes no famigerado pacote anticrime, foi a execução provisória da pena em sentenças condenatórias, cuja pena privativa de liberdade seja igual ou maior a quinze anos de reclusão, em processos sob o rito do Tribunal do Júri. (BRASIL, 2019).

Contudo, faz-se necessário um estudo específico acerca do tema, uma vez que o artigo 283 do Código Processo Penal, determina a obrigatoriedade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que o apenado dê início ao cumprimento de sua reprimenda. Somado a isso, destaca-se que o Tribunal do Júri é um órgão de primeiro grau de jurisdição e a legislação processual prevê o manejo do recurso de apelação contra sentenças proferidas pelo juiz, presidente do Tribunal do Júri, após o veredicto do Conselho de Sentença. (BRASIL, 1941).

Diante do cenário apresentado, é válida a indagação se o legislador laborou em equívoco, haja vista que em caso de provimento do recurso interposto, poderá o acusado ser submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, restando a ele o dano irreparável do cumprimento da pena de uma sentença anulada.

Aprofundando a questão, cerne do presente estudo, serão apresentados entendimentos doutrinários e casuísticos acerca da inovação legislativa, incluindo manifestações quanto a sua constitucionalidade e o risco que ela traz à eficácia do sistema recursal, por suprimir do acusado o direito de usufruir dos efeitos inerentes ao recurso cabível contra a sentença, seja qual for a sua pena.

A exposição da controvérsia ensejará a discussão acerca do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, que determina a execução imediata da pena após a prolação da sentença condenatória no Tribunal do Júri, em casos cuja pena privativa de liberdade seja igual ou superior a quinze anos de reclusão.

1. AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Preliminarmente, à elaboração de um estudo sobre determinada particularidade da legislação ordinária, há que se averiguar se o instituto em análise está em sintonia com a ordem constitucional vigente. Nessa toada, o cotejo do que dispõe o artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, com os princípios da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição, é

medida de rigor como forma de interpretar o tema sugerido sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, em um primeiro momento faz-se necessário discorrer acerca das premissas acima mencionadas, cuja observância revela-se obrigatória no Direito Processual Penal brasileiro.

Também conhecido como estado ou situação de inocência, o princípio da presunção de inocência impõe, ao Poder Público, a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: o tratamento segundo a qual o réu, em nenhum momento do processo persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas, exclusivamente, na possibilidade de condenação e outra relativa ao fundo probatório, que estabelece que todos os ônus da prova relativamente à sua autoria devem recair, especificamente, sobre a acusação, restando à defesa, apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença venha a ser alegada. (PACELLI, 2019).

No tocante às regras de tratamento, insta destacar que, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade mormente quanto à prisão provisória, ou seja, na (im) possibilidade de segregação do acusado, anteriormente, ao trânsito em julgado. Não por acaso, Eugênio Pacelli assevera que:

O princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (PACELLI, 2019, p. 53).

Ao ponto, a Constituição de 1988, dentre outras garantias individuais, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é exatamente essa a inteligência do art. 5º, LVII de nossa Carta Magna. Percebe-se, pois, que não é utilizada a expressão presunção de inocência, que na verdade representa a forma tradicional desse princípio, razão pela qual, este preceito passou a ser denominado presunção de não culpabilidade. Nesse trilhar, a regra de tratamento ao acusado no decorrer do processo, impõe que ele não seja equiparado ao culpado, em manifesta vedação às prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem assim à possibilidade da execução provisória ou antecipada da pena. (BADARÓ, 2018).

Nas palavras de Capez (2019) o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três momentos, quais sejam: no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, com a inversão do ônus da prova; no momento da avaliação da

prova, pois é valorada em favor do acusado em caso de dúvida; e, no curso do processo penal, como paradigma de tratamento, especialmente, no que pertine à análise da prisão processual.

Há, no entanto, quem afirme que não se pode presumir a inocência de uma pessoa ao argumento de que contra ela foi instaurada uma ação penal, já que há a necessidade da comprovação de indícios mínimos, os quais se fundam a justa causa para ação penal. Nada obstante, há que se presumir a não culpabilidade até eventual condenação final, sob a ótica constitucional do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. (ARAÚJO; COSTA, 2019).

Nessa vereda, Aury Lopes Júnior, faz menção a Vincenzo Manzini, jurista italiano e crítico da premissa em voga:

A presunção de inocência foi motivo de burla por parte de VICENZO MANZINI para quem ela não passa de uma absurda teoria ideada pelo empirismo francês. Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser condenados, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco, de 1930, não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 436).

O autor ainda lembra que o nosso atual Código de Processo Penal, em sua exposição de motivos idolatra o Código Rocco, que foi escrito por Vincenzo Manzini, o que demanda preocupação com os níveis de eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição e de difícil implementação no nosso Código. Assevera, veementemente, que a presunção de inocência está, expressamente, consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo, portanto, o princípio reitor do processo penal, pois em última análise, pode-se verificar a qualidade de um sistema processual por meio do seu nível de observância, de forma que essa garantia pode ser sintetizada como dever de tratamento e regra de julgamento. (LOPES JÚNIOR, 2019).

Em sintonia, vale dizer que de acordo com o princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado, uma vez que se encontra previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. (BRASIL, 1988).

O objetivo fundante desse princípio é garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, pois as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que a acusação evidencie, com provas suficientes, ao juiz a culpa do réu. De outro norte e, deveras importante, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública, além de

reforçar o princípio da intervenção mínima do Estado, na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele que fosse, efetivamente, culpado. Por isso, em um cenário ideal, somente se poderia prender, afóra a prisão cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado. (NUCCI, 2020).

Como se vê, de acordo com os grandes estudiosos em matéria criminal, é mister, a fiel observância do princípio da presunção de inocência, pois ao descuido, há que se conviver com a possibilidade de se desvirtuar do caminho ético que nos direciona o solo constitucional.

Nessa mesma ótica, em homenagem às garantias fundamentais, urge discorrer acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, premissa concernente à relação processual, que inclusive, caminha de mãos dadas com o nosso sistema recursal.

O princípio do duplo grau de jurisdição assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional, diverso daquele que as proferiu. Portanto, salvo nos casos de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez em primeiro grau de jurisdição e reexaminado, uma segunda vez, em sede recursal pelo Tribunal, ao passo que o exame direto da matéria pelo Tribunal constitui supressão do primeiro grau de jurisdição, o que também viola o princípio do duplo grau de jurisdição. (BADARÓ, 2018).

Acerca da garantia em voga, Fernando Capez traz à tona que:

Tem previsão expressa no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n. 678, de 6-11-1992), no art.8º, item 3º, *h*. Trata-se da possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau. O princípio em epígrafe não é tratado de forma expressa fora do Pacto de San José. Decorre ele, no plano constitucional, da própria estrutura atribuída ao Poder Judiciário, incumbindo-se a Constituição, nos arts. 102, II, 105, II, e 108, II, de outorgar a competência recursal a vários da jurisdição, reportando-se expressamente aos tribunais, no art. 93, III, como órgãos do Poder Judiciário de segundo grau. (CAPEZ, 2019, p. 73).

Não por acaso, a Suprema Corte já se manifestou acerca da necessidade de observância, desse princípio, quando proferiu decisão no HC n.º 88.420/PR, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17.04.07, ocasião em que assim consagrou:

O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de uma garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil se deu em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. (ARAÚJO; COSTA, 2019, p. 61).

Dada sua relevância, o duplo grau de jurisdição tem sido, largamente, utilizado como fundamento para a sustentação de inconstitucionalidade de dispositivos processuais. Por conta

desse princípio, a título de exemplo, foi revogado pela Lei n.º 12.403/2011, o art. 595 do Código de Processo Penal, o qual dispunha ser deserta a apelação do réu que fugisse depois de ter apelado. Com efeito, também em face do duplo grau de jurisdição, é que a maioria da jurisprudência pátria tem compreendido que a ausência de razões não constitui óbice intransponível ao conhecimento do recurso da defesa e visando assegurar a efetividade dessa garantia, não exige a lei o preparo consistente no pagamento de custas do recurso ao réu. (AVENA, 2020).

No entanto, para exercerem o direito ao duplo grau de jurisdição, as partes devem manifestar interesse na reanálise do feito por meio da interposição do recurso. Ademais, uma vez interposto, o recurso só será conhecido e conseqüentemente julgado, se presentes os requisitos exigidos para o seu cabimento, a exemplo da tempestividade, legitimidade e também o interesse. (REIS; GONÇALVES, 2019).

Nada obstante, a garantia do duplo grau de jurisdição é sem dúvida, princípio básico no processo penal, notadamente, porque há expressa disposição no Pacto de São José da Costa Rica, a respeito do direito de recurso contra sentença a juiz ou tribunal superior. Não se desconhece, ademais, que os tratados internacionais, versando sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional, como autoriza do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, sendo assim, a aplicação do duplo grau de jurisdição no processo penal é corolário natural da ampla defesa. (NUCCI, 2020).

Em adição tem-se que, juridicamente, o duplo grau se justifica pelo fato de que o magistrado, por mais qualificado que seja, não é um ser infalível, podendo proferir decisões equivocadas e merecedoras, portanto, de correção. É consabido também, que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema, frequentemente, conduz a mais exata conclusão e abre espaço para a reavaliação de argumentos a que, no primeiro momento, talvez não se tenha atribuído o justo peso. De mais a mais, o recurso é julgado por um colegiado composto, em tese, de magistrados mais experientes, os quais, espera-se, corrigirão os eventuais equívocos cometidos no julgamento proferido na instância inferior. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

E sob esse prisma, os autores não suscitam dúvidas quanto à força constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição e, assim, arrematam:

Na CF/88 podemos retirá-lo do texto final do inciso LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sabemos que a lei não deve possuir palavras ou expressões inúteis, e, no contexto do inciso citado, entendemos que meios e recursos não devem ser considerados como sinônimos, por exatamente tornar um ou outro termo sem utilidade. Como se não bastasse, a própria previsão constitucional de tribunais e recursos ordinários a eles indicaria a presença

do duplo grau de jurisdição como uma garantia que deriva da Constituição Federal. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 78).

A par das considerações até aqui trazidas, é com a perspectiva de que as garantias da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição estão amparadas explícita ou implicitamente na Constituição Federal de 1988, que devemos analisar o Código de Processo Penal brasileiro e, a faculdade das partes, em fazer uso do sistema recursal com os todos efeitos nele previsto, assim como a nova redação do art. 492, I, “e”, do nosso caderno processual penal.

2. A PRERROGATIVA DO MANEJO DE RECURSOS NO PROCESSO PENAL E O EFEITO SUSPENSIVO ATRIBUÍDO À APELAÇÃO

Conforme explicitado alhures, o duplo grau de jurisdição é uma garantia existente no âmbito do processo penal e nas demais esferas de competência cuja efetividade de sua aplicação é verificada por meio da prerrogativa das partes manifestarem o desejo de levar o seu processo ao reexame.

Além dos fundamentos jurídico e político que permeiam o sistema recursal, há que se considerar ainda, a dimensão mais ampla que se revela na satisfação de uma necessidade psicológica, ao que se vê, inata ao ser humano, que não se contenta com um julgamento desfavorável, pois não quer e não gosta de perder. Essa insatisfação com a perda e, por isso, a desconfiança diante de um juízo adverso, não é particularidade do campo jurídico. Trata-se, pois, de fruto da consciência da imperfeição humana. (BADARÓ, 2016).

Esse inconformismo é natural da espécie humana ao se deparar com sua pretensão rejeitada, na injustiça ou erro da decisão anterior, ou mesmo, no controle dos abusos e das vaidades. Ainda que parcela da doutrina não considere o duplo grau de jurisdição um princípio, atribui a ele a implícita relação de correspondência entre o acesso à justiça e à capacidade recursal diante dos tribunais. (BRITO; FALABRETTI; LIMA, 2019).

Bem ao caso, Cesar Antônio da Silva assevera que:

O processo é uma sucessão de atos legalmente coordenados, é movimento para frente; enquanto que a provocação do reexame de uma decisão judicial proferida no processo, significa retorno, ou seja, movimento para trás. Daí se extrai: curso e recurso. Neste, sempre o recorrente busca a proteção de um direito que, sob seu enfoque, foi desprezado ou violado pelo julgador. As decisões judiciais não são, necessariamente irrevogáveis, porque o magistrado, como ser humano que é, também está sujeito a engano, a erro, uma vez que seu juízo se apoia em dados fornecidos por outros homens, podendo, por isso, ser conduzido a conclusões equivocadas. E é assim que o recurso se impõe ante uma decisão desfavorável, como meio capaz de levar a decisão ao conhecimento de outro órgão judiciário hierarquicamente superior para ser reexaminada uma nova vez, na tentativa de que haja uma volta, um retorno à situação anterior ao julgamento, até o início do processo, a fim de que outra decisão seja proferida. (SILVA, 2009, p. 28).

Uma vez interposto recurso, há a produção de efeitos em relação à decisão recorrida, sendo, portanto, esses efeitos antecipados ou latentes a partir da decisão, durante o prazo legal do recurso, antes mesmo de ser interposto, em razão do seu regime legal. O efeito essencial, que decorre da recorribilidade da decisão é o impedimento da preclusão, o que propicia a competência do juízo ou tribunal. No entanto, são dois os efeitos normalmente apontados para os recursos: o devolutivo e o suspensivo. Vale ressaltar, que todos os recursos têm efeito devolutivo, que é a aptidão que tem o instrumento, de levar a decisão a reexame pela instância superior. (GRECO FILHO, 2019).

O efeito suspensivo dos recursos, que aqui merece destaque, na lição de Araújo e Costa (2019, p. 1226), significa que:

Quando um recurso é interposto, **suspende-se a executividade da decisão combatida, não produzindo efeitos enquanto o recurso não for finalmente decidido**. Tecnicamente, não é o ato de interposição do recurso que suspende a eficácia da decisão recorrida, mas a previsão legal de que o recurso cabível naquela hipótese possui efeito suspensivo. **Assim, por exemplo, proferida sentença condenatória, a previsão legal do recurso cabível de apelação atribui-lhe efeito suspensivo, ou seja, a partir da publicação da sentença esta ficará com seus efeitos suspensos – haja ou não a interposição de recurso**. Todavia, é de praxe dizer que a interposição deste ou daquele recurso tem ou não efeito suspensivo. [...]. **Em suma, dizer que um recurso possui efeito suspensivo, significa que a decisão combatida não pode ser imediatamente executada, diante de uma previsão legal neste sentido**. (ARAÚJO; COSTA, 2019, p. 1226, grifos nossos).

Portanto, em decorrência do efeito suspensivo, atribuído ao recurso interposto, fica sobrestada a decisão da qual se recorre, pois, provocado o duplo grau de jurisdição, o ato decisório perde sua eficácia, até que o recurso seja examinado e decidido. Assim, em se tratando de decisão condenatória, não só a executoriedade da sentença como fato jurídico principal fica suspensa, como também seus efeitos secundários, a exemplo da reincidência, execução civil da sentença condenatória, entre outros. (MOSSIN, 2006).

Dessa forma, a interposição do recurso prolonga a condição de ineficácia da decisão, mesmo porque, nos casos em que a lei prevê o efeito suspensivo, a prerrogativa da parte recorrer já é suficiente para que a decisão seja ineficaz desde o momento em que é proferida e uma vez interposto o recurso, ela continuará com a eficácia suspensa até o seu julgamento. (BADARÓ, 2016).

E nesse sentido, a apelação é o recurso por excelência, visa à reapreciação de matéria de fato e de direito, sendo cabível, inclusive, quando surgirem novas provas, e tem por finalidade a correção, reforma ou mesmo a anulação da sentença. Destaca-se que em regra, a apelação é recurso de fundamento livre, no entanto, no caso de sentenças do Tribunal do Júri,

para preservar a soberania dos veredictos e também a maior dificuldade de se analisar eventual erro ou acerto do julgamento diante da ausência de fundamentação da decisão dos jurados, a apelação apresenta restrições, devendo possuir fundamentação vinculada às quatro situações dispostas nas alíneas do inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal. (BADARÓ, 2016).

Segundo o art. 593, do caderno processual vigente, caberá recurso de apelação nas hipóteses:

Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (BRASIL, 1941).

Em detida análise ao que prevê o dispositivo supracitado, bem se vê que o legislador não fez qualquer ressalva quanto aos efeitos oriundos da recorribilidade das sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, nem mesmo impõe que as prerrogativas dela decorrentes sejam submetidas ao montante da pena privativa de liberdade atribuída ao condenado.

Assim sendo, diante da nova redação do art. 492 do Código de Processo Penal, sobretudo da parte final da alínea “e”, é mister que a comunidade jurídica lance olhares para a flagrante antinomia entre o novo dispositivo e a legislação ordinária já existente, bem como as garantias decorrentes da ordem constitucional asseguradas aos acusados.

3. O ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA MODALIDADE DE PRISÃO NELE CONTIDA

Após dissecar a importância do respeito aos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição, bem como conhecer as prerrogativas a que faz jus os acusados ao responderem um processo penal, notadamente quanto a faculdade do uso do sistema recursal, há que ser discutida a previsão contida na parte final da alínea “e”, do art. 492 do CPP.

Dispõe do supradito artigo acerca das providências a serem determinadas pelo juiz ao proferir a sentença que:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;
- d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;
- e) 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;

f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação. [...]. (BRASIL, 1941, grifos nossos).

De acordo com a inovação legislativa, há a possibilidade de execução provisória da sentença no caso de o réu ser condenado a uma pena privativa de liberdade igual ou superior a 15 (quinze) anos. Pois bem, chegamos ao ponto nevrálgico do presente estudo.

E posta assim a questão, oportuno conhecer o posicionamento da melhor doutrina acerca do tema. Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

A inserção da novidade de se mandar prender o acusado, que tenha sido condenado pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, independentemente do trânsito em julgado, não tem base constitucional para tanto. Por ora, a posição do STF é no sentido de se manterem presos, antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, somente os acusados que se encaixem nos requisitos da prisão preventiva. Aliás, estranha-se essa novel posição: por que 15 anos? E não 12? Ou 16? Escolheu-se aleatoriamente uma pena para lançar essa obrigação de começar a executá-la de pronto. Somos favoráveis à soberania dos veredictos e já escrevemos sobre isso inúmeras vezes, mas é possível a convivência desse princípio do júri com o direito ao duplo grau de jurisdição. Tanto é assim que o réu apela contra a decisão condenatória do Tribunal Popular e, se o Tribunal togado der provimento, não ingressará no mérito, mas mandará o acusado a novo julgamento igualmente pelo júri (logicamente, com outros jurados). (NUCCI, 2020, p. 1686).

O autor ainda complementa asseverando que a inovação trazida não poderá ser efetivamente aplicada, por entrar em choque, diretamente, com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, no dia 07.11.2019, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, considerando ser inconstitucional determinar o cumprimento da pena de prisão, logo após o julgamento ocorrido em 2º grau de jurisdição. Dessa forma, tem-se que não importa o montante da pena. O fundamento para um indivíduo ficar preso, provisoriamente, durante a fase processual, até o trânsito em julgado de decisão que o considere culpado, é a prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos, notadamente, aqueles descritos no art. 312 do Código de Processo Penal. (NUCCI, 2020).

Não é demasiadamente forçoso lembrar das inúmeras oscilações pelas quais já passou este polêmico tema. No entanto, consigna-se que com o julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico, pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil, em relação ao art. 283 do Código de Processo Penal, consagrou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena antes de esgotados todos os recursos e do trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo esta a

orientação que hoje vigora. Considerou o Supremo Tribunal Federal, enfim, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” não enseja qualquer controvérsia em sua interpretação. (AVENA, 2020, p. 2152).

Assim, antes daquele trânsito, a segregação do indivíduo, como regra, apenas pode ocorrer a título de prisão cautelar, quando presentes os respectivos pressupostos.

Ao ponto percebe-se que, independentemente da intenção do legislador em aumentar o rigor da disciplina processual em relação aos condenados na hipótese prevista no dispositivo, há importantes considerações a serem feitas quanto à potencial inconstitucionalidade do art. 492, I, e, 2ª parte, ao autorizar a execução provisória das penas impostas, ainda que o faça a partir do montante de privação da liberdade estabelecido, que é sugestivo de conduta com gravidade além daquela que, naturalmente, decorre do crime de homicídio. Isto porque, conforme amplamente explicitado, o STF já firmou entendimento no sentido de ser inconstitucional a execução provisória da pena, não ressaltando aspectos relativos à sua natureza ou quantidade. (AVENA, 2020).

Aury Lopes Júnior classifica a nova redação do dispositivo em comentário, como um verdadeiro erro do legislador, e de pronto, especifica as inúmeras violações às garantias dos acusados em caso de aplicação da norma:

Viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado;

Se o STF já reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada após a decisão de segundo grau, com muito mais razão é inconstitucional a execução antecipada após uma decisão de primeiro grau (o tribunal do júri é um órgão colegiado, mas integrante do primeiro grau de jurisdição);

Da decisão do júri cabe apelação em que podem ser amplamente discutidas questões formais e de mérito, inclusive com o tribunal avaliando se a decisão dos jurados encontrou ou não abrigo na prova, sendo um erro gigantesco autorizar a execução antecipada após essa primeira decisão;

Tanto a instituição do júri como a soberania dos jurados estão inseridos no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio réu;

Ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário);

A soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados;

É incompatível com o disposto no art. 313, §2º, que expressamente prevê que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena”. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1333).

E à luz dessas considerações é, claramente, inconstitucional a execução antecipada da pena nos julgamentos do Tribunal do Júri, sendo um grande erro do legislador dispor nesse sentido, muito mais jogo de cena, do que manifestação do justo processo, como diria Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Cabe ao Supremo Tribunal Federal garantir eficácia ao sistema recursal, direito de qualquer acusado, independentemente da pena. Em todos os casos, cabe a análise dos requisitos concretos da prisão cautelar. Em resumo e, mais uma vez: prisão cautelar sempre pode ser decretada, antecipação da pena, nunca. Assim, gasta-se tempo do STF com reiteraões, enquanto há temas relevantes e urgentes aguardando julgamento. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020).

Ademais, é preciso entender que se o acusado está solto no momento do julgamento, foi condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos e sujeita a recurso, mas não há a presença dos requisitos necessários para fundamentar a decretação da prisão preventiva, não se pode, automaticamente, prendê-lo, como quer a nova lei. Isto é. Absolutamente, inconstitucional porque fere o Princípio da Presunção de Inocência e cria uma nova modalidade de prisão incompatível com a leitura conjugada do disposto nos artigos. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal e 283, do Código de Processo Penal. Vale lembrar que a gravidade do crime imputado e o montante de pena imposta não são argumentos capazes de alterar tal quadro, tendo em vista que só se pode prender antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória a título cautelar, jamais automaticamente e, quiçá tão somente porque a pena imposta é igual ou superior a 15 anos de reclusão. (CARDOSO, 2020).

Não fosse isso, é de se registrar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema ao apreciar o Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, em que pleiteia a execução provisória da sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Chapecó/SC, cujo julgamento encontra-se pendente, ante o pedido de vista formulado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Na decisão proferida em 04 de maio de 2020, o Ministro Gilmar Mendes, votou no sentido de negar provimento ao recurso, para vedar a execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, declarando, ao final, a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei n.º 13.964/2019 ao art. 492, I, e, do Código de Processo Penal, 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. (BRASIL, 2020).

Em sentido oposto votaram o Relator, Ministro Roberto Barroso e o Ministro Dias Toffoli, à época Presidente da Corte, sustentando o seguinte argumento: “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”. (BRASIL, 2020).

Com o devido acatamento, “A soberania dos veredictos e a presunção de inocência, como direitos fundamentais que protegem o indivíduo, não podem agigantar o Estado em detrimento do homem”. (NICOLLIT, 2020, n.p.).

Consigna-se, que o conceito de soberania, está relacionado com impossibilidade de revisão de mérito das decisões do Tribunal do Júri, portanto, não pode servir para que o condenado tenha acesso ao duplo grau de jurisdição. (IBCCRIM, 2020).

Nesse sentido, de acordo com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

Caracteriza-se como uma verdadeira blasfêmia democrática sustentar a soberania dos veredictos como fundamento da execução instantânea da pena, pois considera-se a soberania como garantia e violam-se outros princípios fundamentais de igual hierárquica, como o princípio da plenitude de defesa, o da presunção da inocência e do devido processo legal. (IBCCRIM, 2020).

E mais, sob a ótica do direito material, constatam-se ainda, violações ao princípio da igualdade e da proporcionalidade, na medida em que os crimes dolosos contra a vida não diferem quanto à gravidade de outros crimes que também resultam em morte, como o latrocínio ou estupro seguido de morte, que não são julgados perante o Tribunal do Júri e não estão sujeitos à prisão sem o trânsito em julgado. Com efeito, o ataque a princípios democráticos faz com que haja um retrocesso nas conquistas históricas já alcançadas pela sociedade. (IBCCRIM, 2020).

Diante do exposto, resta clarividente as inúmeras manifestações de operadores do Direito e estudiosos da matéria, no sentido de impedir que a inovação legislativa seja consolidada, bem como evitar que o Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC seja provido, o que aponta a necessidade de rediscussão do tema pela comunidade jurídica, notadamente, por estar a execução provisória da pena na contramão da ordem constitucional, resultando imensa insatisfação em grande parte dos especialistas de robusta envergadura doutrinária.

CONCLUSÃO

O presente estudo foi desenvolvido com o objetivo principal de analisar a constitucionalidade da atual redação do art. 492, I, do Código de Processo Penal, mormente, o conteúdo existente na parte final da alínea “e” do dispositivo, por determinar a prisão automática do acusado em caso de condenação à pena igual ou superior a 15 anos de reclusão

nas sentenças proferidas pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, após o veredicto dos jurados componentes do Conselho de Sentença.

Para tanto, discorreu-se acerca dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição, explicitando o pacificado posicionamento doutrinário quanto à obrigatoriedade do respeito a essas premissas durante o curso de processos criminais, seja qual for o crime incurso ao acusado e a pena a ele atribuída, eis que se trata de garantias fundamentais, estando a presunção de inocência, expressamente, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

O princípio do duplo grau de jurisdição, por sua vez, em que pese não estar expressamente descrito em nossa Carta Magna, está disposto no Pacto de São José da Costa Rica e, portanto, na condição de tratado internacional a versar sobre direitos humanos, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional. Bem se vê, tratam-se de garantias fundamentais que devem ser, obrigatoriamente, respeitadas sob pena de violação do mais alto ordenamento existente no país, o constitucional.

Na sequência, tratou-se ainda, da prerrogativa inerente às garantias supracitadas, em especial da faculdade concedida aos acusados no curso de um processo criminal, de provocar o reexame de uma decisão judicial com intuito de modificação daquela, anteriormente, proferida.

E nessa perspectiva, constatou-se que a consequência imediata da recorribilidade, é o impedimento da produção dos efeitos desde logo que proferida a decisão judicial, e que no caso das sentenças condenatórias, cujo recurso cabível é a apelação, hipótese em que é atribuído o efeito suspensivo ao recurso, a produção dos efeitos decorrentes da sentença condenatória somente será possível após o julgamento definitivo do respectivo recurso, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Chegando ao cerne do presente artigo destacou-se a inovação legislativa trazida pelo pacote anticrime que deu nova redação ao art. 492, I, “e” do CPP, ao determinar a execução provisória da pena em caso de sentenças condenatórias cuja pena seja igual ou superior a quinze anos de reclusão, proferidas pelo juiz presidente, após a decisão dos jurados na sessão de julgamento do Tribunal do Júri.

A norma novel traz à tona um tema demasiadamente polêmico e que já sofreu várias oscilações nos últimos tempos, mas que até então, apesar dos entendimentos não serem uníssomos, o assunto foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, com o julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, em 07 de novembro de 2019, o qual reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, cuja

redação veda o recolhimento do acusado à prisão antes da condenação criminal transitada em julgado, excetuadas, naturalmente, a prisão em flagrante e a cautelar.

Com isso, ponderava-se que, uma pá de cal, fora posta sobre o assunto e que não mais haveria de se ocupar a mais alta corte brasileira com demandas relativas à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois já declarada hipótese inconstitucional.

Ledo engano!

Pouco mais de um mês depois do mencionado julgamento, no dia 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei n.º 13.964/2019, que alterou diversos artigos do Código Penal, da Lei de Execuções Penais e dentre outras, do Código de Processo Penal. Em vigor, o famigerado pacote anticrime, fomentou calorosas discussões no campo doutrinário, sendo majoritária a corrente que entende ser flagrantemente inconstitucional a prisão automática em decorrência da sentença condenatória, proferida em sessão de julgamento do Tribunal do Júri, independentemente de qual seja a pena.

Muito elementar inclusive, pois se já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal que não há possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, o que dizer da execução provisória da pena após a condenação em primeira instância, como é o caso do Tribunal do Júri? Com o devido acatamento aos entendimentos opostos, filiamo-nos à corrente que recomenda a observação da seguinte máxima: se não pode o mais, por óbvio também não pode o menos.

Como se vê é grave problemática contida no art. 492, I, “e” do CPP, principalmente por invadir esferas já consideradas invioláveis como é o caso das garantias da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição, que são explícita e implicitamente oriundas da Constituição Federal de 1988.

Não por acaso, pende de julgamento o Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC, ao qual foi reconhecida a repercussão geral e cuja decisão poderá dar nova interpretação ao tema. Assim, novamente o guardião da Constituição Federal volta a ter de se ocupar com demandas já apreciadas noutro momento naquela casa. De acordo com as teses de julgamento até então conhecidas no recurso, atribui-se à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, a possibilidade da execução imediata da condenação pelo Conselho de Sentença, independentemente do total da pena aplicada. Por outro lado, é declarada a inconstitucionalidade do dispositivo em comento (art. 492, I, “e”, do CPP), por afronta direta ao princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 2020).

Ao sopesar os argumentos contidos na tese favorável e na contrária à possibilidade de prisão automática após a sentença condenatória à pena igual ou superior a quinze anos proferidas pelo Tribunal do Júri, e à luz dos demais argumentos aduzidos no decorrer deste estudo, os quais foram analisados sob o manto dos princípios constitucionais que devem andar de mãos dadas com o processo penal, e ainda em homenagem à própria Constituição Federal, conclui-se pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da nova redação ao art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal.

Por fim, como mesmo prevê o Código de Processo Penal no art. 283, somente é admissível a segregação do acusado em virtude de condenação criminal transitada em julgado, exceto os casos de flagrante delito ou ainda por decisão fundamentada da autoridade judiciária que venha a decretar a prisão cautelar, afora essas hipóteses, qualquer outro decreto prisional está em desacordo com a norma maior do Estado e, portanto, além de configurar ameaça às conquistas democráticas alcançadas ao longo dos tempos, é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. 2019. **Lei n.º 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 28 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC**. Relator Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, j. 04 mai. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente>

=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Era uma vez a presunção de inocência no júri**. Justificando. São Paulo: 06 out. 2020. Disponível em: [https://www.justificando.com/2020/10/06/era-uma-vez-a-presuncao-de-inocencia-no-juri/#:~:text=492%20do%20CPP%20%C3%A9%20uma,julgado%20\(pris%C3%A3o%2Dpena\)](https://www.justificando.com/2020/10/06/era-uma-vez-a-presuncao-de-inocencia-no-juri/#:~:text=492%20do%20CPP%20%C3%A9%20uma,julgado%20(pris%C3%A3o%2Dpena).). Acesso em: 01 mar. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal**. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: *Tirant Lo Blanch*, 2019.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **A mitigação do duplo grau de jurisdição no pacote anticrime** – comentários ao art. 492 do CPP. Publicado em 01 jun. 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/447>. Acesso em: 06 mar. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Prisão obrigatória no júri é mais uma vez inconstitucional**. Consultor Jurídico. São Paulo: 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em: 01 mar. 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Recursos em matéria criminal: doutrina, jurisprudência e modelos de petição**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2006.

NICOLLIT, André. **Soberania dos veredictos: a garantia fundamental que pode levar à prisão?** Consultor Jurídico. São Paulo: 16 jul. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/andre-nicolitt-soberania-veredictos#_ftn2. Acesso em: 02 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Cesar Antônio de. **Doutrina dos recursos criminais**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.