

**DIREITO
PROCESSUAL**

A Execução Provisória da Pena à luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal

*Paula Pires Pascotto da Costa*¹

Sumário: I. Introdução; II. Considerações Iniciais; III. Análise do art. 5º, LVII da Constituição Federal; IV. Mudança de posicionamento: *Habeas Corpus* n.º 84.078; V. Consequências da referida mudança de posicionamento; VI. Penas Restritivas de Direitos; VII. Súmulas 716 e 717-STF e Resolução n.º 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça; VIII. Conclusão; IX. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar as recentes mudanças referentes ao instituto da execução provisória da pena à luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Será analisado o *habeas corpus* (HC n.º 84.078/MG) que ensejou tal modificação de posicionamento, bem como suas as consequências no ordenamento jurídico pátrio. O objetivo principal é informar os leitores e atualizá-los, tendo em vista que o assunto sempre foi bastante controvertido.

I. Introdução

O presente trabalho tem por desiderato escopo analisar o instituto da execução provisória da pena, sob o antigo e, sobretudo, atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O assunto sempre foi muito controvertido, mas ao que tudo indica, pelo menos até a presente data, o tema ficou uniformizado nas mais altas Cortes do país. Por conta disso, pretendo analisar o referido instituto no âmbito penal e expor aos leitores as consequências da mudança de entendimento do Pretório Excelso.

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense do 11º período e Monitora da disciplina Execução Penal.

II. Considerações Iniciais

Inicialmente, cabe analisar como a execução provisória da pena era interpretada e aplicada pelos Tribunais Superiores, bem como discorrer sobre o posicionamento doutrinário acerca do assunto.

A execução provisória da pena nada mais é do que aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, como bem preleciona o Min. Sepúlveda Pertence: “[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. [...]”². Em virtude disso, cabe uma ressalva: não devemos confundir estas duas possibilidades, pois, como se verá a seguir, enquanto a primeira é, indubitavelmente, admitida em nosso ordenamento jurídico, a outra não mais encontra fundamento.

Segundo o autor Renato Marcão:

“A execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso o réu, ainda pender de apreciação recurso seu. É que nessa hipótese a sentença já não poderá ser reformada para pior, para agravar a situação do réu, já que vedada a reformatio in pejus havendo recurso exclusivo da defesa, que de tal maneira já tem conhecimento do extremo que o processo pode proporcionar em seu desfavor” (MARCÃO, 2007, p.106).

Nesse sentido, também preleciona Guilherme de Souza Nucci: “A viabilidade, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal”(NUCCI, 2008).

Com isso, a execução provisória tinha cabimento diante da impossibilidade de agravamento da pena, pois já estaria estabelecido o máximo de sanção que, no caso de não provimento do recurso de defesa, seria cumprido pelo indivíduo, sendo este capaz de usufruir

² BRASIL, STF, HC 69.964/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 18 dez. 1992.

da imposição imediata de regime menos grave e da progressão de regime antecipada, já que se poderia aferir, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, o preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 112, da Lei de Execuções Penais, qual seja, cumprimento de um sexto da pena, pendendo-se, apenas, a verificação dos critérios subjetivos.

Corroborando com esse entendimento o autor José Carlos Daumas Santos ao escrever que: “Negar a execução provisória ao acusado preso com sentença transitada em julgado para a acusação caracteriza constrangimento ilegal inaceitável que fere, indiscutivelmente, o princípio da legalidade” (SANTOS, 2005, p.43).

Por outro lado, o argumento forte contra esse entendimento consistia na defesa do princípio constitucional da presunção de inocência (que será melhor estudado adiante), pois o réu, de acordo com tal norma, deve ser considerado inocente até que a decisão condenatória adquira o condão da definitividade, não sendo possível antes disso fazê-lo cumprir antecipadamente a pena.

Solução cogitada por Nucci foi a seguinte:

“O correto é a extração da guia provisória de ofício, enviando-se ao juízo da execução penal, pois o direito à liberdade é indisponível, razão pela qual não cabe ao réu decidir se deseja ou não ser beneficiado por eventual progressão”(NUCCI, 2008).

Em sentido diametralmente contrário, José Barcelos de Souza defende que essa possibilidade de adiantar a contagem de tempo para progressão de regime não tem cabimento. Segundo ele, só seria bom para o preso se este viesse, contra seu desejo e sua expectativa, a perder o recurso, mas péssimo se ganhar, pois teria cumprido uma pena que não deveria. Seria, de acordo com o citado autor, perverso cobrar adiantamento do tempo de uma prisão que poderia não ter existência legal, se provido o recurso da parte. E para o réu não seria bom ser preso só para antecipar o cumprimento de uma pena que poderia ser cancelada (Souza,2008).

Desse modo, tínhamos que a simples sentença condenatória de primeira instância, antes do trânsito em julgado, por maior que fosse a discussão acerca do tema, poderia ensejar

a decretação automática da prisão do réu, principalmente se o recurso interposto não fosse dotado de efeito suspensivo. **Admitia-se a execução provisória da pena mesmo em desfavor do recorrente.** Esse era o entendimento tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça. Para essas Cortes o princípio constitucional da não-culpabilidade não constituía óbice à execução provisória da sentença.

Nesse sentido, colacionamos trechos de dois acórdãos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, em seguida, outros três referentes ao Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPOSIÇÃO DA TURMA JULGADORA. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CPP. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. [...] 4 - O princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes. 5 - Habeas corpus indeferido.”³

“EMENTA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido.”⁴

“- PENAL. RÉU CONDENADO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE PRISÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O RECURSO DE NATUREZA EXCEPCIONAL. INDEFERIMENTO.

- É assente a diretriz pretoriana no sentido de não inibir a constrição do status libertatis do condenado o princípio constitucional da não culpabilidade, porquanto o recurso especial, ainda sob apreciação, não tem efeito suspensivo.

- Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.”⁵

“PENAL. PROCESSUAL. HOMICÍDIO. JÚRI. APELAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. MANDADO DE PRISÃO. RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS.

1 Recurso especial, sem efeito suspensivo, não pode invalidar mandado de prisão resultante de decisão que negou provimento a apelação criminal de réu condenado pelo Tribunal do Júri.

2 Habeas Corpus conhecido; Por unanimidade, indeferiu-se a ordem.”⁶

“PENAL. RÉU. CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO.

³ BRASIL, STF, HC 81964/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 10.12.2002.

⁴ BRASIL, STF, RHC 85.024/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU, 23 nov. 2005.

⁵ BRASIL, STJ, RHC 6.681/MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJU 10 nov. 1997.

⁶ BRASIL, STJ, HC 2.884/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 20 fev. 1995.

- A condenação do paciente, impugnada por meio de recurso especial, que não tem efeito suspensivo, autoriza a expedição do mandado de prisão, se inexistem razões válidas para a sua sustação.
- Habeas Corpus denegado.”⁷

Sensível a essa situação, o STF editou os Enunciados n^{os} 716 e 717, abaixo transcritos:

“Súmula 716

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

“Súmula 717

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

Com isso, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que os benefícios da execução poderiam ser aplicados ao preso cuja condenação ainda não havia transitado em julgado.

Cabe mencionar que o Conselho Nacional de Justiça também se pronunciou a respeito do assunto e editou a Resolução n^o 19/2006, que foi alterada pela Resolução n^o 57/2008, e o artigo 1^o, caput, assim dispõe:

“A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatório, ressalvada a hipótese de possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo por parte do Ministério Público, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal”.

Da leitura do dispositivo fica muito fácil perceber o intento da norma, qual seja, a admissão da execução provisória da pena, salvo se interposto recurso com efeito suspensivo pelo Ministério Público.

Nesse diapasão, vale mencionar que houve certa divergência doutrinária acerca da expedição da guia de recolhimento provisória, ou seja, se possível emití-la ainda que pendente análise de recurso interposto pelo *parquet*. O dissenso ocorria entre os que defendiam sua emissão, e a consequente execução provisória, somente se a sentença já houvesse transitada em julgado para acusação. Por outro lado, havia quem defendia que essa hipótese não se

⁷ BRASIL, STJ, HC 5.362/MG, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, DJU 9 jun. 1997.

restringia a esse caso, sendo possível a expedição da referida guia para que o réu pudesse executar a pena provisoriamente independente de que recurso tivesse pendente de julgamento, se da acusação ou da defesa.

Contudo, não cabe detalharmos toda essa divergência, pois o STF já se posicionou a respeito no julgamento do *HC* n.º 87.801/SP⁸, em que decidiu que, a partir da sentença condenatória, havendo ou não recurso da acusação, tem a parte ré o direito à expedição da guia de execução provisória, para que possa, desde então, exercer os direitos decorrentes da execução da reprimenda, conforme podemos constatar da leitura da ementa:

“EMENTA: I. Prisão processual: direito à progressão do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade ou a livramento condicional (LEP, art. 112, caput e § 2º). A jurisprudência do STF já não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para a progressão de regime de execução, nem para o livramento condicional (HC 76.524, DJ 29.08.83, Pertence). No caso, o paciente - submetido à prisão processual, que perdura por mais de 2/3 da pena fixada na condenação, dada a demora do julgamento de recursos de apelação - tem direito a progressão de regime de execução ou a concessão de livramento condicional, exigindo-se, contudo, o preenchimento de requisitos subjetivos para a deferimento dos benefícios. II. Habeas corpus: deferimento, em parte, para que o Juízo das Execuções ou o Juízo de origem analise, como entender de direito, as condições para eventual progressão de regime ou concessão de livramento condicional.”

No entanto, diante da modificação de posicionamento a seguir analisada, perceberemos que essa hipótese abarcará apenas os casos em que o réu for preso a título cautelar, para que possa gozar de benefícios contidos na Lei de Execuções Penais.

III. Análise do art. 5º, LVII da Constituição Federal.

O supracitado artigo dispõe que:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Dessume-se da leitura do dispositivo que toda pessoa deve ser considerada inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória,

⁸ BRASIL, STF, *HC* 87.801/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 02 mai. 2006.

princípio este que, *de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico*⁹.

Contudo, cabe mencionar que, no Brasil, a primeira vez em que o mencionado princípio integrou expressamente uma Constituição foi em 1988, sendo esta considerada um marco no processo de redemocratização brasileira. Nossa atual Lei Maior trouxe clara preocupação com a estruturação de um sistema de direitos e garantias individuais, como reação às cicatrizes do autoritarismo militar. Nesse contexto, temos que princípio ora em análise representa, politicamente, salutar limite contra arbitrariedades, principalmente contra a utilização da máquina punitiva estatal como instrumento de opressão.

Nesse sentido, insta esclarecer que o conteúdo ideológico dessa reforma constitucional elencou como vetor primordial da estruturação do novo modelo de processo penal a preocupação com a preservação da liberdade e da dignidade do indivíduo integrante do polo passivo de investigação ou processo criminal (Pinto, 2008).

Importante destacar que a consagração constitucional da presunção de inocência:

“não supõe renunciar a um processo penal eficaz. Pelo contrário, se entende que a eficácia do processo penal deriva de seu caráter de meio civilizado de persecução e repressão da delinquência; civilizado enquanto respeita os direitos e liberdades básicas dos cidadãos [...]” (LOPÉZ, 2005, p.139).

Tendo dito isso, diante da natureza do tema em estudo no presente trabalho, faz-se mister delimitar o alcance da garantia inculpada no art. 5º, LVII da Magna Carta, para, em seguida, tratarmos especificamente do julgado que ensejou a mudança de entendimento.

Há um impasse doutrinário acerca da nomenclatura adequada para representar o princípio inculpado no art. 5º, LVII, da Lei Maior, se presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade. Tal discussão merece destaque, tendo em vista que o dispositivo integra o Título II da Constituição Federal, que prevê os direitos e as garantias fundamentais.

⁹ BRASIL, STJ, HC 42.990/RJ, 6ª Turma, Min. Rel. Nilson Naves, DJU 12 jun.2006.

Expressiva parcela da doutrina entende tal garantia como presunção de inocência (TOURINHO FILHO, 2004). Essa corrente doutrinária, defende que pelo fato de o réu não poder ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação deverá ser, conseqüentemente, visto como inocente. Seria, então, inconcebível a antecipação, em desfavor do acusado, de qualquer efeito de sentença penal condenatória ainda recorrível. Por conseguinte, entendem que qualquer norma que antecipe um ou mais efeitos da condenação recorrível seria contrária à Constituição, posto que se deve presumir a inocência e não a culpa.

Logo, para esses doutrinadores, a execução provisória da pena, seja privativa de liberdade ou não, se mostraria inconstitucional, uma vez que não se poderia antecipar o cumprimento da reprimenda de um acusado tido pela Constituição como inocente.

Por outro lado, o STF e STJ entendiam ser possível interpretar mais restritamente o artigo ora em estudo, isto é, como presunção de não-culpabilidade. O fato de a Lei Maior anunciar que o réu não pode ser declarado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não significa que ele seja inocente. Logo, seria admissível a imposição de certos efeitos decorrentes de uma condenação recorrível, desde que não perpassassem pelo reconhecimento expresse e antecipado da culpa. No entanto, destaca-se que o mencionado princípio não alcançaria as prisões provisórias, tendo em vista seu caráter cautelar.

Desse modo, entendiam que a execução provisória, seja da pena privativa de liberdade, seja da restritiva de direitos, era juridicamente possível, haja vista que a garantia de não-culpabilidade proibiria apenas a antecipação de um dos efeitos da sentença condenatória recorrível, qual seja, o reconhecimento expresse de culpa. Tal entendimento foi sumulado nos Enunciados 716 e 717 do STF, já citados no ponto acima.

Todavia, diante da análise feita na ordem de *Habeas Corpus* n.º 84.078 é possível perceber que essa divergência não foi essencial para a decisão, como se vê na citação que o próprio Ministro-Relator Eros Grau faz ao que defende o Min. Cezar Peluso na Reclamação n.º 2.311:

“não é relevante indagarmos se a Constituição consagra ou não, presunção de inocência”. O que importa é o “enunciado normativo de garantia contra a

possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

IV. Mudança de posicionamento: *Habeas Corpus* n.º 84.078.

Ao longo de todo o primeiro semestre deste ano, o Pretório Excelso julgou alguns casos envolvendo prisões provisórias no Processo Penal que ilustraram a modificação do entendimento ora em análise, e, enfim, todo esse tema ficou uniformizado (e não pacificado) tanto nesta Corte como no Superior Tribunal de Justiça. Todavia, vale enfatizar que ainda encontramos resistência a essa orientação na 6ª Turma do STJ e na 2ª Turma do STF.

Diante disso, seguiremos, finalmente, para a análise do *HC* 84.078, julgado em 5 de fevereiro deste ano, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, publicado, inclusive, no Informativo n.º 534, que possui a seguinte ementa:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.”

Este acórdão pode ser considerado paradigmático, uma vez que serve como precedente, como se verá a seguir. A citada decisão é, sem dúvida, histórica e de suma importância para a ordem jurídica brasileira.

IV. 1. O caso concreto

Após ter sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos - MG à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado e ter sua condenação confirmada pelo Tribunal, o réu, Omar Coelho Vitor, interpôs recurso especial ao STJ a fim de ter o direito de recorrer daquela decisão em liberdade.

À minguada do efeito suspensivo do recurso especial, o STJ negou o direito pleiteado. Por isso, o acusado interpôs *habeas corpus* ao STF, cuja decisão a ser proferida pela Segunda Turma foi submetida ao Plenário.

O caso decidido pelo Plenário da excelsa Corte no já mencionado *habeas corpus* (n.º 84.078), de relatoria do Ministro Eros Grau, consistiu em conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade aos tribunais superiores.

Foram sete votos a quatro: os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes se posicionaram pela concessão do *habeas corpus*, atendendo ao princípio da equidade, garantindo ao paciente o direito de recorrer em liberdade às instâncias superiores. Foram vencidos os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, seguidores da ideologia de segurança.

Sendo assim, prevaleceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado contraria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, já que a maioria dos Ministros concluiu pela impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, em função do preceito constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade¹⁰.

IV.2. Análise dos votos majoritários

A conclusão desencadeada pelo precedente é no sentido de que o acórdão condenatório, antes de transitar em julgado, não implica, necessariamente, em executar provisoriamente a pena. E mais:

“Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.”¹¹

¹⁰ Fonte: informações extraídas da notícia publicada em 5 de fevereiro de 2009 no sítio eletrônico do STF.

¹¹ BRASIL, STF, HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJU 5 fev. 2009.

Além disso, a Corte Suprema decidiu que a interposição de recurso especial ou extraordinário contra acórdão condenatório recorrível, não conduz, de forma automática, tendo em vista a inexistência de efeito suspensivo, à execução provisória da reprimenda. Dessa forma, em regra, a pena só pode começar a ser cumprida após o trânsito em julgado, sob pena de violação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Decidiu, ainda, que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Nesse sentido, o Ministro-Relator Eros Grau citou o autor Rogério Tucci, quem afirma, com razão, que “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva” (TUCCI, 2004, p. 281).

Em resumo: os ministros reconheceram que mesmo sendo o réu condenado em primeira instância, e com a sentença confirmada em segunda instância, não pode o juiz determinar o início do cumprimento da sentença, enquanto estiver em curso recurso nas instâncias superiores. Assim, a pena só pode começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado da condenação.

Vale mencionar que a decisão atinge os condenados que responderam ao processo em liberdade, pois eles não deverão ser recolhidos à prisão enquanto aguardam o julgamento dos recursos nos tribunais superiores, a menos que haja fato novo que justifique a prisão preventiva.

A posição predominante, a nosso sentir, é a mais acertada, pois o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, em face do princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, é incompatível com a execução provisória da pena no âmbito penal. Isto devido a impossibilidade de a pena oriunda de uma condenação não poder produzir efeitos antes do trânsito em julgado, sob pena de violação do citado princípio de índole constitucional.

Além desse princípio também foi invocado pelos Ministros, principalmente pelo Exmo. Min Cezar Peluso, o princípio da dignidade da pessoa humana para confirmar a inviabilidade da execução provisória da pena, *pois se trata de imposição da mais grave*

penalidade ao ser humano, ou seja, da pena privativa de liberdade, através de um julgamento ainda passível de alteração, considerando a impossibilidade de se devolver ao inocente o tempo que ficou enclausurado.

Em seu voto, o Ministro-Relator Eros Grau, argumentou ainda que a execução provisória da sentença penal, além de encontrar óbice na Carta Magna, também o encontra na própria Lei de Execuções Penais, cujos arts. 105 a 147 mencionam a necessidade de o recolhimento ocorrer após o trânsito em julgado.

Por isso, ele defendeu que “os preceitos veiculados pela Lei n.º 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP”, dispositivo este que prevê a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e determina, desde logo, a execução da pena.

Em seu voto, o referido Ministro também lembra que a execução provisória da pena ofende o princípio da ampla defesa, que deve incidir em todas as fases processuais, inclusive nas recursais de natureza extraordinária. Segundo ele, “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão”.

Por fim, o Min. Eros Grau, concluiu seu voto fazendo alusão ao RE n.º 482.006, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, no qual foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º, da Lei n.º 2.364/61). Nesse julgado a Corte Suprema decidiu por unanimidade que o preceito implicava flagrante violação ao princípio inserto no art. 5º, LVII, da Lei Maior, tendo o Min. Lewandowski decidido o seguinte:

“a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena, sem que essa tenha sido precedida do

devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”¹².

Com arrimo nisso, o Min. Eros Grau concluiu o óbvio, ou seja, se a excelsa Corte prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, com muito mais razão deve fazê-lo quando se tratar de garantia à liberdade.

IV. 3. Análise dos votos vencidos

Mesmo que ainda não esteja disponível a íntegra dos votos que divergiram do posicionamento vencedor, é possível destacar os principais pontos arguidos pelos quatro Ministros vencidos, tendo em vista a notícia sobre o caso no sítio virtual do STF.

Em suma, os votos minoritários dos Ministros do STF ressaltaram o fato de que os recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, recurso extraordinário e especial, respectivamente, não têm efeito suspensivo.

Além disso, vale destacar que os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família.

Os ministros Menezes Direito e Ellen Gracie também sustentaram que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil.

Entretanto, venceu o entendimento de que a execução provisória da pena. Conforme diz o Ministro Celso de Mello, "não é juridicamente viável em nosso sistema normativo". Devendo ser admitida, todavia, a prisão cautelar processual, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

¹² BRASIL, STF, HC 482.006/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 06 nov. 2007.

IV. 4. Diferença entre execução provisória da pena e prisões provisórias

Nesse momento, faz-se necessário destacar a referida diferença, pois não cabe confusão entre esses institutos, como ressaltou o Exmo. Ministro-Relator Carlos Ayres Britto ao julgar a ordem de *habeas corpus* n.º 94.756/BA¹³: “O caso é de execução provisória de um título penal condenatório. Provisória porque o título penal condenatório não transitou em julgado”. Segundo o ministro, “confunde-se prisão provisória, que é viável nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, e execução provisória da pena, que o Supremo não admite”.

Ayres Britto ressaltou que o STF não aceita a execução antecipada da pena, como já vimos, por entender que “tal antecipação vulnera o direito de base constitucional, a presunção de não-culpabilidade”. De acordo com o ministro, essa presunção de não-culpabilidade tem sua força mitigada em apenas uma hipótese na Constituição Federal, segundo a qual ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Contemporaneamente, como sabemos, a liberdade é a regra, e a prisão provisória somente será admitida quando escorada em razões de cautela concretamente apontadas em decisão judicial fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da Lei Maior, não satisfazendo a nova ordem constitucional a decretação de prisões alicerçadas na gravidade genérica do delito, na vida pregressa do imputado e, tampouco, na natureza hedionda do fato. Dessa maneira, tal regra só é excetuada quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência do *periculum libertatis*, principalmente.

As prisões provisórias deverão se revestir dos requisitos (indícios de autoria e prova de materialidade) e fundamentos de cautela, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, requisitos contemplados no art. 312, da Lei Processual Penal.

¹³ Fonte: informações extraídas da notícia publicada em 18 de agosto de 2009 no sítio eletrônico do STF.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito, como podemos ver nos trechos dos acórdãos a seguir relacionados:

“A prisão é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação¹⁴.

“Os princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e liberdade provisória (art. 5º, LXVI, CF) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (art. 1º, I, CF). Assim, em princípio, só deve ficar preso quem necessite.”¹⁵

Por óbvio, há também diferença entre a privação da liberdade como sanção penal e a prisão provisória. Enquanto aquela pressupõe o trânsito em julgado, esta está vinculada à ideia da necessidade de proteção social através da segregação do provável responsável pelo delito, antes do trânsito em julgado do seu processo.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello esclarece:

“A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”¹⁶.

IV. 5. Outros casos analisados sob o prisma do *leading case* ora em estudo

Em 12 de fevereiro deste mesmo ano, o Pleno do STF decidiu que os ministros podem julgar individualmente o mérito de *habeas corpus* que tratem sobre execução provisória da pena, sendo a posição da maioria pela concessão.

Em razão desse tema, neste mesmo dia, foram julgados quatro *Habeas Corpus* (HC's 91676, 92578, 92691 e 92933) de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski e um Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC 92933) de relatoria da Ministra Cármen Lúcia

¹⁴ BRASIL, STJ, 5ª Turma, HC 59.733/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 17.08.2006, publ. em 18.04.2005

¹⁵ BRASIL, STJ, 6ª Turma, RHC 2.898/PE, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 17.08.2003 e publ. em 11.10.1993

¹⁶ BRASIL, STF, RHC 81.395/TO, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 15.08.2003.

Antunes Rocha. Todos foram concedidos seguindo a orientação firmada no *leading case* comentado.

Desta feita, os ministros decidiram por oito votos a dois, uma vez que dois dos quatro ministros vencidos naquele julgamento, quais sejam, Min. Cármen Lúcia e Min. Menezes Direito, se renderam ao entendimento da maioria, embora tenham ressaltado seus posicionamentos em sentido contrário¹⁷.

No dia anterior, esta decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já havia sido utilizada como precedente pela Primeira Turma. Nesse sentido, podemos destacar a concessão dos *Habeas Corpus* n.ºs 94778 e 93062, que seguiu aquela linha de entendimento, isto é, de que não é legal a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ao conceder a ordem, em ambos os casos, o ministro Ayres Britto ressaltou que o Plenário destacou que "a condenação em segundo grau não opera automaticamente" e que a pena só pode começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado da condenação, quando não couber mais qualquer tipo de apelação ou recurso¹⁸.

Podemos citar ainda julgamentos mais recentes no mesmo sentido, são eles: *HC* 100.767/MG, Rel. Min. Celso de Mello, de 28.09.2009; *HC* 94.756/BA, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, de 25.09.2009; e *RHC* 92.852/SP, Min. Rel. Joaquim Barbosa, de 31.07.2009.

V. Consequências da referida mudança de posicionamento

De acordo com a modificação de entendimento ora em estudo, cabe mencionar algumas consequências no ordenamento jurídico pátrio. É o que passaremos a analisar a seguir.

V.1. Da ausência de efeito suspensivo do RE e REsp

¹⁷ Fonte: informações extraídas da notícia publicada em 12 de fevereiro de 2009 no sítio eletrônico do STF.

¹⁸ Fonte: informações extraídas da notícia publicada em 11 de fevereiro de 2009 no sítio eletrônico do STF.

Segundo o art. 27, §2º, da Lei nº 8038/90, os recursos extraordinário e especial devem ser recebidos no efeito devolutivo. Com arrimo na falta de efeito suspensivo desses recursos a Suprema Corte sustentava a autorização da execução provisória da pena.

Nesse sentido, discorre Pacelli:

“[...] se a prisão decorre de critério legal inserido no sistema recursal, isto é, na graduação de certeza jurídica atribuída à determinada decisão judicial, ela só pode encontrar justificção na probabilidade de sua manutenção. E, aí, a conclusão é inevitável: cuida-se, às escâncaras, de antecipação de culpabilidade, incompatível com a situação de inocência do acusado” (OLIVEIRA, 2009, p.320).

Destaca-se que a ausência de efeito suspensivo não alcançava apenas os recursos extraordinário e especial, mas qualquer recurso defensivo posterior à apelação.

Antes da mudança de posicionamento do STF, em virtude de os recursos a disposição da defesa não gozarem de efeito suspensivo, era possível que a pena estabelecida em condenação ainda recorrível fosse executada provisoriamente. Nesse sentido, colacionamos parte da ementa do **AI 539.291/RS**, que ilustra tal posicionamento:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFEITO DEVOLUTIVO. [...] IV. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. V. - Precedentes do STF. VI. - Agravo não provido.”¹⁹

Nesse sentido, podemos mencionar também trecho do *HC 72.102/MG*:

“HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIÇÃO. POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO. PEDIDO INDEFERIDO.
- O princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da carta política, não se qualifica como obstáculo jurídico a imediata constrição do status libertatis do condenado.

¹⁹ BRASIL, STF, AI 539.291 AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJU 04 out. 2005.

- A existência de recurso especial (STJ) ou de recurso extraordinário (STF), ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei no 8.038/90, artigo 27, § 2º). O direito de recorrer em liberdade - que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal - não se estende, contudo, aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, de efeito suspensivo que paralise as consequências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal. Precedentes.”²⁰

Nesse diapasão, quando a execução provisória da pena privativa de liberdade impunha o recolhimento ao cárcere para o indivíduo que, livre estando, após julgamento de segundo grau, pudesse interpor recurso especial e/ou extraordinário, constituía modalidade anômala de prisão anterior à formação da culpa e, como carece de elementos de cautela, representa afronta ao princípio da presunção de inocência. Como se vê a execução provisória de sentenças que pendem de julgamento de recursos especial ou extraordinário é incoerente com o texto constitucional.

Em se tratando de condenação impositiva a uma pena privativa de liberdade se o réu estivesse solto ele seria preso por força de uma condenação que não desafiaria recurso com efeito suspensivo, e essa prisão atuaria, sem dúvida, como tutela antecipada. Se a condenação fosse a uma pena restritiva de direitos nada impediria que esta começasse a ser executada provisoriamente.

O STF entendeu que as duas alternativas são inconstitucionais, porque *nulla pena sine culpa*, ou seja, não há pena sem culpa, pois estes são conceitos indissociáveis. Portanto, se há a possibilidade de executar provisoriamente uma pena, por ausência de efeito suspensivo dos recursos a disposição da defesa, esta reprimenda estaria sendo antecipada, e se se antecipa a pena também se antecipa a culpa. Conseqüentemente, restaria ofendido o art. 5º, LVII, CF.

Desse modo, segundo a Suprema Corte, o art. 27, §2º, da Lei nº 8038/90 sofreu interpretação conforme a CF, ou seja, tais recursos podem até não ter efeito suspensivo, mas não vão autorizar a execução provisória da pena. **Vale dizer, sem título judicial condenatório coberto pela coisa julgada formal e material, descabe dar início à execução da pena, pouco importando tenha o recurso apenas o efeito devolutivo.**

²⁰ BRASIL, STF, HC 72.102/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 20 abr. 1995.

V. 2. Art. 594, da Lei Processual Penal

O referido dispositivo previa o seguinte:

“Art. 594. 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.”

A interpretação do artigo *a contrario sensu*, nos permitia entender que se o réu fosse reincidente ou portador de maus antecedentes, a prisão, por força da sentença penal condenatória recorrível, seria automática, sem possibilidade de apelar em liberdade.

Assim, em relação ao condenado que não fosse primário e não tivesse bons antecedentes, dois ônus a ele se impunham: a prisão automática decorrente da sentença condenatória (salvo se se livrar solto ou prestar fiança, sendo esta cabível) e a impossibilidade de recorrer se não fosse recolhido à prisão.

O exposto noticia clara afronta ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tendo em vista que a prisão ocorreria antes do trânsito em julgado, havendo presunção de culpa, pois não havia condenação em definitivo. Ademais disso, o fato de ele ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal, configurava ato inteiramente atentatório ao disposto no dispositivo constitucional supra.

Ademais disso, condicionar o conhecimento da apelação à prisão, significa dizer que se não for atendido o comando prisional, este recurso não seria conhecido, ou seja, se já tivesse sido interposto seria julgado deserto, o que ofenderia o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), bem como o acesso ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, item 2, alínea h, Decreto Legislativo 678/92 - Pacto San Jose da Costa Rica).

O Supremo Tribunal Federal afirmou que o art. 594, CPP, não foi recepcionado pela CRFB/88, conforme explicitado na seguinte ementa:

“EMENTA: RECURSO. Apelação. Criminal. Requisitos de admissibilidade. Necessidade de recolher-se à prisão. Inexistência de deserção mediante fuga após interposição do recurso. Arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal. Não recepção pela ordem constitucional vigente. Autorização para decisão monocrática e definitiva. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Os ministros do Supremo Tribunal Federal estão autorizados a decidir, monocrática e definitivamente, recursos e pedidos de habeas corpus em que estejam em discussão os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, que o Plenário considerou não recebidos pela ordem constitucional vigente.”²¹

Contudo, cabe ressaltar que o art. 387, parágrafo único, da atual Lei Processual Penal, por força da Lei 11.719/2008, já havia extirpado essa orientação, ao afirmar que:

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

Parágrafo único. 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.” (Grifo nosso)

Dessa forma, concluímos que a prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, será mantida ou decretada por força da condenação com base nos requisitos do art. 312, CPP, devendo restar demonstrada a sua necessidade. Além disso, só será revestida de legitimidade se devidamente fundamentada (art. 5º, LXI, CF/88). Sendo assim, o recolhimento ou não à prisão é indiferente para o conhecimento da apelação.

V. 3. Art. 595, do Código de Processo Penal

Como já mencionado na ementa colacionada no ponto acima, o Supremo Tribunal Federal também afirmou que o art. 595, CPP, que previa o disposto a seguir, não foi recepcionado pela Magna Carta: “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

O STF, mais uma vez, nos brindou com um discurso constitucional, ou seja, se a fuga importaria em deserção (que é uma pena) teríamos o direito de defesa circunscrito a um único grau de jurisdição, embora disponível o duplo grau, o que, por conseguinte, cercearia o direito a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição. Desse modo, não seria possível termos uma sanção sem ter uma regra de conduta. Se o art. 594, CPP, não foi recepcionado, como vimos anteriormente, por conta de a prisão não mais condicionar o conhecimento e o processamento

²¹ BRASIL, STF, HC 98987 QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 13 mai. 2009.

da apelação, a fuga da prisão, como previsto no dispositivo ora em estudo, também não poderia importar deserção.

Todavia, o art. 595, CPP, outrossim, já teria sido tacitamente ab-rogado pelo atual art. 387, parágrafo único, CPP.

Nesse sentido, colacionamos trecho do *HC 85961/SP*, de relatoria do Min. Marco Aurélio, publicado no Informativo n.º 537:

“O art. 595 do CPP (“Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”) não foi recebido pela ordem jurídico-constitucional vigente. Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu habeas corpus, remetido ao Pleno pela 1ª Turma, para afastar o óbice ao conhecimento de apelação interposta pelo paciente — que empreendera fuga após sua condenação —, assegurando-lhe o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de possível decreto condenatório. Entendeu-se que o aludido dispositivo revelaria pressuposto extravagante de recorribilidade, qual seja, a prisão do condenado, em conflito com o princípio da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Ademais, assentou-se que o mencionado art. 595 do CPP encerraria, por via indireta, a execução antecipada da pena, caso inexistente base para se acionar o instituto da prisão preventiva, ao exigir a custódia para ser interposto e admitido recurso. O Min. Marco Aurélio, relator, declarava a inconstitucionalidade do art. 595 do CPP, bem como do art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/90 (“§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”)²².

V. 4. Art. 9º, da Lei 9034/95.

O referido dispositivo também foi declarado inconstitucional e previa o seguinte:

“Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.”

Tal dispositivo refere-se ao réu condenado como integrante de organização criminosa. Se este não poderá apelar em liberdade significa dizer que teríamos outra prisão automática, por força da condenação pelo fato de o réu ser integrante de organização criminosa, ou seja, teríamos uma condenação que dispensaria o preenchimento dos requisitos do art. 312, CPP, o que implicaria em ofensa à presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII,

²² BRASIL, STF, *HC 85.961/SP*, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 5 mar. 2009.

CF). Dessa forma, tal prisão não seria cautelar, mas sim mero efeito antecipado da sentença penal condenatória ainda recorrível.

Com isso, se o réu não poderá apelar sem se recolher à prisão significa que seu apelo não seria conhecido. Logo, o citado dispositivo cerceava o princípio da ampla defesa e impedia o acesso ao duplo grau de jurisdição, sendo, também, declarado inconstitucional.

V. 5. Art. 3º, da Lei 9613/98 e art. 2º, §3º, da Lei 8072/90.

Ambos os dispositivos contêm redações idênticas, conforme demonstrado a seguir, respectivamente:

“Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”

Cabe mencionar que o termo “fundamentadamente” deve ser interpretado conforme a Constituição Federal. Sendo assim, ainda que o réu não se recolha à prisão para apelar, isto é, ainda que tenhamos uma prisão decretada fundamentadamente com base nos requisitos do art. 312, CPP, o não atendimento ao comando prisional não importará no não conhecimento ou deserção do recurso.

Convém, pois, citar trecho do *HC 83868/AM*:

“Ementa: HABEAS CORPUS. ART. 3º DA LEI 9.613/98. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO DECRETADA PARA EVITAR A REPETIÇÃO DA AÇÃO CRIMINOSA. RÉU COM PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ART. 312 DO CPP. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES NÃO OBSTAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. MEDIDA CAUTELAR REVOGADA. 1. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para, se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar

[...].”²³

V. 6. Enunciados n.ºs 9 e 267 do Superior Tribunal de Justiça

“Súmula: 267

A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

“Súmula: 9

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Conforme dito inicialmente, em razão da dimensão estrita que o Superior Tribunal de Justiça atribuía ao princípio da não-culpabilidade, foram editados os Enunciados n.ºs 9 e 267. Com base nestes fundamentos, o STJ reconhecia a possibilidade de execução provisória da pena. Contudo, diante da modificação de entendimento do STF, seguida por esta Corte, ficou claro não ser constitucionalmente viável persistir em tal posicionamento, que impunha à garantia da não-culpabilidade um espectro demasiadamente restrito. Logo, embora tais súmulas ainda não tenham sido formalmente canceladas, perderam, sem dúvida, aplicabilidade.

V. 7. Art. 585, CPP e art. 59 da Lei 11.353/2006 (Lei Antidrogas)

O Supremo ainda não se manifestou a respeito dos dispositivos supracitados. Todavia, diante da atual interpretação que analisamos no presente trabalho podemos deduzir que a Suprema Corte firmará posicionamento no sentido de que tais dispositivos também não foram recepcionados pela Lei Maior pelos fundamentos se seguem.

O art. 585, da Lei Processual Penal prevê o seguinte:

“Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.”

²³ BRASIL, STF, HC 83868/AM, Rel. Orig. Min Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, DJU 5 mar. 2009.

Como sabemos, o art. 585, CPP, trata do recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia e expressamente diz que este só será conhecido se o réu se recolher a prisão ou se mantiver preso. Ora, diante de todo o exposto, ou seja, do entendimento que o STF firmou no sentido de que não se pode condicionar o conhecimento de um recurso a prisão, o destino desse dispositivo também será pela sua não recepção.

O art. 59, da Lei Antidrogas (Lei n.º11.353/2006) prevê o seguinte:

“Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.”

Esse dispositivo prevê que o juiz poderá conceder ao réu condenado por tráfico o direito de apelar em liberdade, desde que seja réu primário e de bons antecedentes. Facilmente percebemos que o mencionado artigo é reprodução do art. 594, CPP, que, como esclarecemos (ver ponto V.2), não foi recepcionado pela Lei Maior, segundo o Supremo Tribunal Federal. Logo, a tendência é que esta Corte também firme entendimento pela sua não recepção.

VI. Penas Restritivas de Direitos

Em se tratando de penas restritiva de direitos podemos citar o art. 147, da Lei de Execução Penal para afastar, de plano, a possibilidade de execução provisória desta pena. O artigo dispõe o seguinte:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

Diante disso, podemos perceber que o dispositivo prevê, categoricamente, que transitada em julgado a sentença penal condenatória executar-se-á a pena restritiva de direitos, ou seja, a execução dessa pena está condicionada por lei ao trânsito em julgado da condenação. A execução provisória da pena restritiva de direitos, por óbvio, não traria benefício algum ao acusado, pelo contrário, *o denunciado correria o risco de cumprir integralmente a reprimenda antes do trânsito em julgado da condenação, já que as sanções dessa natureza, em geral, possuem prazos de duração mais exíguos* (SANTOS, 2006, p.308).

Nesse sentido, colacionamos as seguintes ementas:

“AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.”²⁴

“HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida.”²⁵

Faz-se mister mencionar que a citada impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direito foi utilizada, com sapiência, pelo Min. Eros Grau em seu voto no *HC* 84.078, como um dos argumentos para afastar a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, pois, segundo ele;

“se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.”²⁶

VII. Súmulas 716 e 717-STF e Resolução n.º 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça

²⁴ BRASIL, STF, *HC* 88.413/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* 9 jun. 2006.

²⁵ BRASIL, STF, *HC* 86.498/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJU* 19 mai. 2006.

²⁶ BRASIL, STF, *HC* 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, *DJU* 5 fev. 2009.

Diante de todo o exposto nos encontramos diante de um importante questionamento: o que fazer diante das Súmulas 716 e 717-STF e da Resolução n.º 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça²⁷?

Tais enunciados, bem como a Resolução, expressamente autorizam a execução provisória das penas privativas de liberdade. Contudo, há de se observar um detalhe antes de, açodadamente, julgar que tais dispositivos não terão mais aplicabilidade.

A execução provisória de pena privativa de liberdade também se refere ao réu que se encontra preso cautelarmente e, nesse caso, tal execução lhe é vantajosa, pois antes mesmo do eventual trânsito em julgado da sentença penal condenatória poderá pleitear ao Juízo da Execução Penal benefícios, como a imediata alocação no regime fixado na condenação atacada, progressão de regime, livramento condicional, entre outros.

Logo, entendo, *data maxima venia*, que a referida execução não foi de todo defenestrada, tendo sido só em relação ao réu que estiver respondendo em liberdade, mas não daquele que estiver respondendo o processo preso. Contudo, este não é o entendimento das Cortes Superiores que apenas afirmaram categoricamente não ser mais admitida a execução provisória penal, como já analisado. No entanto, pode ser que elas ainda se pronunciem a esse respeito.

Se vedássemos a execução provisória do réu preso cometeríamos um ilogismo, ou seja, estaríamos invocando uma garantia dele, que é a presunção de não-culpabilidade, contra os seus próprios interesses. Por isso entendo que se mantêm intocadas as Súmulas 716 e 717-STF e Resolução n.º 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, preleciona Marcos Paulo Dutra dos Santos:

²⁷ Remetemos a essa norma sem, contudo, tratar a fundo se o Conselho Nacional de Justiça tem competência ou não para editar a referida Resolução. A nosso sentir o CNJ agiu como se legislador fosse, usurpando a competência legislativa do Congresso Nacional, ferindo dessa forma a Constituição Federal.

“[...] seria ilógico obstar a execução provisória da pena privativa de liberdade em homenagem ao art. 5º, LVII, da CRFB/88, pois tal norma prevê uma garantia ao acusado e não um fardo.” (SANTOS, 2006, p.308-309).

VIII. Conclusão

Em um Estado Democrático de Direito, a *adequada estruturação do processo penal submete-se, obrigatoriamente, ao conteúdo dos ditames constitucionais* (BARACHO, 2000), que prescreve regras garantistas como decorrência da proteção imprimida à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Inserida nessa ordem democrática, ao Estado interessa tanto a condenação daquele indivíduo contra o qual pesem provas de autoria e da materialidade da prática de um crime quanto à absolvição da pessoa acusada em um processo penal, cuja instrução apure provas excludentes da responsabilidade penal ou não colha provas aptas a fundamentar uma condenação.

Tanto o *jus puniendi* como o *jus libertatis* são garantias de todos os indivíduos e da sociedade. Não devendo aquele se transmutar em instrumento de opressão e perseguição utilizado pelo Estado.

Diante disso, a Egrégia Corte concluiu que toda prisão não decorrente de uma sentença transitada em julgado terá natureza cautelar e, portanto, sua manutenção ou decretação sempre dependerão da demonstração em concreto do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, além de demandar a indicação em concreto dos requisitos do art. 312, do CPP. Do contrário haveria ofensa ao art. 5º, LVII, CRFB/88.

Além disso, ficou pacificado o entendimento de que as prisões provisórias tem papel estritamente instrumental e como desempenham tal função não podem ser, em hipótese alguma, requisito extrínseco de admissibilidade recursal.

Por fim, cito as sábias palavras proferidas pelo Exmo. Ministro-Relator Eros Grau no HC n.º 84.078, estudado nesse trabalho, que resume bem o espírito dessa mudança de

entendimento da Suprema Corte, que privilegia a atual sistemática processual penal à luz da Magna Carta:

“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”²⁸

IX. Referências Bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. V. 4. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito/UFMG, 2000.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y presunción de inocencia**. Madri: Lustel, 2005.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Hermenêutica e jurisdição constitucional: o Supremo e as garantias processuais. Verdades, mentiras e outras indagações**. Org. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINTO, Felipe Martins. **O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade, in Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias, coordenadores Antônio de Padova Marchi Júnior e Felipe Martins Pinto**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SANTOS, José Carlos Daumas. **O princípio da legalidade na execução penal**. 1 ed. São

²⁸ BRASIL, STF, HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJU 5 fev. 2009.

Paulo: Manole, 2005.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Da ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário em matéria penal, in *Processo nos Tribunais Superiores*, coordenadores Marcelo Andrade Féres e Paulo Gustavo M. Carvalho.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, José Barcelos. **Execução provisória da pena privativa de liberdade, in *Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*, coordenadores Antônio de Padova Marchi Júnior e Felipe Martins Pinto.** 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ***Processo Penal*.** 1º volume. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro.** 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.