

A execução antecipada da pena e a liberdade na pendência de recursos de índole excepcional.

Fernando César Faria [1].

A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E A LIBERDADE NA PENDÊNCIA DE RECURSOS DE ÍNDOLE EXCEPCIONAL.

Uma abordagem sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena e o direito de recorrer excepcionalmente em liberdade.

1. Exposição do tema:

A Constituição da República é clara em asseverar, no bojo do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (inciso LVII). Desse postulado constitucional retira-se o estado jurídico de inocência, comumente chamado de presunção de não-culpabilidade, a conta é simples: culpado é aquele (e somente aquele) contra o qual pesa um título estatal de índole condenatória e não passível de mudança por qualquer das partes do devido processo criminal dialético.

A mesma Carta Republicana, em mais uma divagação de Estado de Direito, reputa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

Existe grande celeuma na seara jurídica quanto a possibilidade (ou não) de o acusado aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso de índole excepcional por ele

interposto. A comunidade jurídica, bem como a jurisprudencial, oscilam em aceitar (ou não) a execução da “pena” na pendência de recursos extraordinário e especial.

Essa oscilação mostra-se claramente na seguinte questão: a execução da pena, após o julgamento negativo da apelação criminal, bem como a expedição de mandado de prisão, ao argumento de que a prisão constitui efeito da condenação, fere (ou não) o estado jurídico de inocência (art. 5º, LVII) ? Limita (ou não) a ampla defesa do acusado na fase excepcional recursal.

Algumas decisões dos Tribunais Pátrios fundamentam a decisão de expedição de mandado de prisão (em sede de recurso de apelação, eis que os recursos ordinários, com efeito suspensivo, se esgotaram) no artigo 637 do CPP que diz “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoadas pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para execução da sentença”.

A execução antecipada da pena é flagrantemente inconstitucional e insustentável no Estado Democrático de Direito, vai contra todos os postulados do devido processo criminal dialético, sem contar que restringe demasiadamente a ampla defesa. Ou seja, a execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o mandamento normativo contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República.

O presente problema que ora se discute tem como espeque demonstrar que a Constituição da República determina apenas duas espécies de prisão, a saber, a provisória (cautelar) e a definitiva (pena).

Nesse desiderato de idéias, discute-se a insustentabilidade da expedição de mandado de prisão única e exclusivamente em virtude do exaurimento das vias ordinárias recursais (dotadas de efeito suspensivo), ou seja, a prisão fora das hipóteses que o sistema processual e a Constituição autorizam.

2. Do entendimento atual do STF e do STJ sobre o tema:

É de se destacar, primeiramente, que tanto o STF quanto o STJ admitiam a chamada “execução antecipada da pena”, com implicações no norte de expedição de mandado de prisão na pendência de recursos de natureza excepcional.

Destaca-se que esse entendimento vem, hodiernamente, mudando. Referida mudança dá mais concretude ao estado jurídico de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/88), uma vez que a pena só se adéqua a figura do condenado (culpado).

Confirmam-se, a título de colação, alguns arestos que demonstram bem essa oscilação de posicionamentos:

2.1 – STJ:

2.1.1 – Favorável à antecipação da execução da pena (5ª Turma):

HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS RAROS. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.

LEI 8.038/90. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A interposição de qualquer dos Recursos Raros (RE e Resp.) não tem o efeito de suspender a execução da decisão penal condenatória, como se depreende do art. 27, § 2o. da Lei 8.038/90.

2. A tese já teve acolhida no colendo STF (HC 86.628/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 3.2.2006 e HC 85.886/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 28.10.2005) e foi recentemente reafirmada em voto capitaneado pelo eminente Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, (HC 90.645/PE, julgado em 11.09.07).

3. Consoante dispõe a Súmula 267 desta Corte, a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão; tal orientação, porém, não elidiria a concessão de HC, até mesmo de ofício, se patente ou flagrante a nulidade da condenação, o que não é o caso em apreço.

4. Observe-se que, já na sentença de 1o. Grau, foi determinada a expedição de mandado de prisão contra o paciente, embora fosse irrelevante, em tese, eventual disposição em contrário, pelo Juiz da causa, tendo em vista o comando do art. 594 do CPP.

5. Ordem de HC denegada, em conformidade com o parecer Ministerial.

(HC n. 84.314-RO, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, unânime, julgado em 25/09/2007, publicado no DJU em 22/10/2007).

2.1.1 – Contrário à antecipação da execução da pena (6ª Turma):

HABEAS CORPUS . DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRESCRIÇÃO.

INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INCABIMENTO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a interrupção do curso da prescrição se dá com a publicação da sentença condenatória em cartório, que em nada se confunde com a intimação das partes, pessoalmente ou por intermédio do órgão de imprensa oficial.

2. Fundando-se a prisão do paciente exclusivamente no fato do exaurimento da instância recursal ordinária e, não, na concreta necessidade da sua prisão cautelar, contrapõe-se à lei e à Constituição Federal, de rigor a concessão do habeas corpus para superação do constrangimento ilegal.

3. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 81.669-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado em 04/09/2007, publicado no DJU em 22/10/2007).

2.2 – STF:

2.2.1 - Favorável à antecipação da execução da pena (1ª Turma):

HABEAS CORPUS . CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO -CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS . HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.

2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente 'o benefício de apelar' em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. Habeas corpus denegado.

(HC N. 91.675 – PA, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 04/09/2007, publicado no DJ em 07/12/2007).

2.2.2 - Contrário à antecipação da execução da pena (2ª Turma):

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso 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. [...] Ordem concedida. (HC nº 91.232/PE, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, no DJ de 07/12/2007).

Pois bem, como se vê, tanto o STJ quanto o STF nunca tiveram um posicionamento consolidado (diga-se unânime) sobre a possibilidade de execução antecipada da pena.

Anota-se que no STJ, era firme o posicionamento da 5ª Turma, conforme se vê do julgado acima colacionado, ou seja, a referida Turma do STJ adotava o antigo entendimento jurisprudencial, máxime citando a súmula n. 267 do mesmo sodalício que diz “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Nada obstante a isso, observa-se, na 6ª Turma do STJ, farta jurisprudência sobre o tema, notadamente na sua inconstitucionalidade, eis que fere o estado jurídico de inocência (art. 5º, LVII da CF/88), veja-se do julgado colacionado abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VERIFICAÇÃO.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A determinação da prisão, após o julgamento da apelação, mas antes do trânsito em julgado, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal.
3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

(HC n. 72.726 – SP, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma – Publicada no DJ em 10/12/2007, p. 448).

Com efeito, o entendimento da 5ª Turma do STJ está, com o tempo mudando, conforme se deduz do recente julgamento do Habeas Corpus n. 107.077 – MT, subscrito pelo ilustre

Procurador da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, Hércules da Silva Gahyva e que este Autor teve a oportunidade de participar da sua confecção (quando ainda desempenhava a função de estagiário da e. Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso).

Na decisão do HC acima nominado, a Ministra Jane Silva retomou o seu entendimento, antes sufragado pela Turma, assim reafirmou a contrariedade a chamada antecipada execução da pena, veja-se parte da decisão monocrática:

“ ... Não obstante já não mais restar recurso ordinário, com efeito suspensivo, tendo esta Corte, inclusive, sumulado a questão, entendendo que “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (Súmula 267), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se direcionado noutro sentido.

Passou a entender a Suprema Corte que a prisão antes do trânsito em julgado exige motivação baseada em fatos concretos, ante a presunção constitucional de não-culpabilidade ou inocência, garantida a todo e qualquer réu, até que transite em julgado a decisão condenatória, bem como tal presunção ocorre até mesmo em caso de interposição dos recursos raros.

Esse foi posicionamento que esposamos no primeiro voto dado neste Superior Tribunal, mas, como integrava a 5ª Turma desta Corte, que mantém o antigo entendimento jurisprudencial, acabei por aderir àquele, ainda que na maioria das vezes ressaltando o meu, sempre para evitar divergências inócuas, eis que restaria sempre vencida.

Entendo, agora, dever retomar o meu primeiro posicionamento, o que faço com base no seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

(...)

No caso em apreço a prisão foi determinada no acórdão sem qualquer fundamentação, o que não se pode admitir frente ao entendimento esposado por esta Turma e por boa parte do Tribunal Maior, salvo posterior motivo válido.

A questão é corriqueira e repetida nesta Casa, merecendo pronta decisão para agilizar a prestação jurisdicional.

Posto isto, concedo a ordem impetrada para reconhecer ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo na hipótese de ser necessário seu acautelamento provisório, o que deverá ser justificado com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, diante de fatos concretos.”

Quanto ao STF a discordância entre a 1ª e a 2ª Turma paulatinamente está acabando. Na 2ª Turma é praticamente pacífico o entendimento de que fere o estado jurídico de inocência a chamada execução antecipada da pena, sem contar que, no caso em exame (pendência de recursos de índole excepcional), o artigo 637 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição da República.

A discussão é deveras antiga na 2ª Turma, que acertadamente sempre declara a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, porque fere o estado jurídico de inocência. A conta da 2ª Turma é bem simples: a Lei de Execução Penal (n. 7.210/84) condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em remate, a Constituição da República petrificou o estado de inocência nos termos “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Por conclusão, os mandamentos contidos na Lei de Execução Penal sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal (Vide item de n. 1 e 2 da ementa do HC n. 91.232-0/PE, STF, Rel. Min. Eros Grau).

Detalhe digno de nota é o seguinte: ambas as turmas do STF vêm interpretando, no que toca à pena restritiva de direitos, o artigo 147 da Lei de Execuções Penais à luz da Constituição da República, o artigo diz textualmente “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”, pois bem, como dito, ambas as turmas refutam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado, isso em relação à imposição de pena restritiva de direitos.

Como pode prevalecer este entendimento somente para as penas restritivas de direito e restar olvidado para as constritivas de liberdade?

A questão foi francamente enfrentada pelo eminente Ministro Eros Grau no voto do Habeas Corpus n. 91.232/PE, assim ele arrematou:

“Ora, 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 a 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...”

Como vemos, é mesmo uma questão de tempo para o assunto restar pacificado no Pretório Excelso, eis que o entendimento caminha no sentido da inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Deixa-se claro aqui: refuta-se a execução antecipada da pena *in malam partem*, ou seja, p. ex.: quando se esgotam os recursos de natureza ordinária e o Tribunal de Justiça determina a expedição de mandado de prisão em razão da soma dos fatores: sentença penal recorrível e quantum da pena imposta.

Diz-se *in malam partem* porque o próprio STF admite, *in bonam partem* a antecipação dos efeitos da sentença penal condenatória (que nada mais é do que uma execução antecipada da pena), explica-se:

Na sessão plenária de 24/09/2003 o STF aprovou a súmula n. 716, que diz “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Ou seja, neste caso, tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação e conseqüente antecipação da execução da pena antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, todavia, essa mitigação do estado de inocência é plenamente justificada pelo princípio do favor libertatis, o que é, também, indiscutivelmente, de natureza constitucional.

3. Das duas espécies (natureza) de prisão aceitas no Estado Constitucional de Direito:

Indiscutivelmente, o sistema processual penal pátrio, bem como a Constituição da República, admitem apenas duas formas de constrição do direito ambulatorial do cidadão, a saber, a provisória (cautelar), esta sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a definitiva (pena), posterior ao trânsito em julgado.

Nesse conjunto de idéias, frisa-se que o pressuposto real e concreto da prisão provisória, de natureza cautelar, são os requisitos estampados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Dessa acepção, afirma-se que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória só pode ser decretada à título cautelar, mais precisamente nas palavras do professor Rogério Lauria Tucci “...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...”

Em suma, a prisão de natureza cautelar há que ser caucada em argumentos concretos do processo criminal que expressem verdadeira necessidade de constrição da liberdade do acusado em processo penal dialético, ou seja, deve o magistrado buscar o fundamento no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, tombados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Fora desses casos (Flagrante, temporária e preventiva), a Constituição da República e todo o direito instrumental vedam a prisão.

A outra espécie de prisão é a prisão de natureza estritamente penal, é aquela decorrente de título de índole condenatório impossível de mudança pela irresignação do réu, é a prisão por excelência!

Presume-se, pois, que a sentença penal condenatória transite em julgado, sendo o acusado considerado (constitucionalmente) culpado e assim autorizando o ente estatal punitivo a executar a pena imposta. Assim, em nada contraria o estado jurídico de inocência.

A fim de remate, confira-se a doutrina perfeita de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho [3].

"(...) A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.

Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena?

Trata-se de prisão cautelar?

Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Trata-se de pena?

Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade."

3. A Lei n. 8.038 de 28 de maio de 1990 e a mudança do garantismo trazido pela reforma penal de 1984.

Não há como negar que a reforma penal de 1984 (cite-se: Leis, 7.209 e 7.210) consolidou no Brasil o chamado “garantismo penal”. Só a título de exemplo, trouxe a Lei de Execução Penal, diversas garantias ao que se convencionou chamar de “reeducando”, trouxe, entre

outras, a garantia de condições para a harmônica integração social do condenado (LEP, art. 1º).

A Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais afetos aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, ao que nos toca, quebrou o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984, que inegavelmente prestigiou o estado jurídico de inocência (eis que o artigo 105 da Lei de Execução Penal de 1984 condicionou o início de cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória), cindiu essa premissa, pois, determinou no artigo 27, § 2º, que os recursos especial e extraordinário somente serão recebidos no seu efeito devolutivo.

A amputação do efeito suspensivo nada mais é do que o espírito insano punitivo do legislador da década de 90. Detalhe, como é público e notório, foi mesmo uma avalanche de leis flagrantemente reacionárias e tangentes à constitucionalidade nesse período, a citar, a Lei da Prisão temporária e a Lei de Crimes Hediondos. Mais se assemelha a um direito processual penal “midiático” e não dialético-constitucional.

4. Conclusão:

A figura da antecipação dos efeitos da condenação é diametralmente incompatível com o texto constitucional, notadamente o estatuído no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República.

A Constituição somente admite duas espécies de constrição de liberdade, a provisória, de natureza cautelar e a definitiva, de natureza de pena, disso resulta a absurdez da expedição de mandado de prisão tão-somente em virtude do exaurimento dos recursos ordinários, restando apenas os de índole excepcional.

É preciso dizer em alto e bom som: ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, TODA E QUALQUER PRISÃO REVESTE-SE DE NATUREZA CAUTELAR.

Assim, ante a cautelaridade, mister que o estado-acusador (leia-se Instituição do Ministério Público) demonstre a existência dos pressupostos e fundamentos dessa cautelaridade (aqui leia-se aqueles e tombados no artigo 312 do CPP) e o estado-juiz fundamente sua decisão (artigo 93, inciso IX da CF/88).

Nesse conjunto de idéias, autorizar a expedição de mandado de prisão logo após o julgamento do recurso de apelação, executando-se assim antecipadamente a pena, ao argumento de que a prisão é uma consequência da condenação quando não se tem mais recurso dotado de eficácia suspensiva, é dizer que a ampla defesa está restringida, é dizer que há desequilíbrio entre a pretensão estatal em aplicar a pena e a do acusado de se defender em liberdade, é dizer que seu estado de inocência desapareceu, só existindo quando haviam recursos dotados de eficácia suspensiva. É inadmissível o argumento de expedição de mandado de prisão, em sede de julgamento de recurso de apelação criminal, única e exclusivamente com base na ausência de efeito suspensivo qualquer dos recursos excepcionais.

De se registrar ainda, que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível é sim de natureza provisória (não se tem o título judicial formado), a índole dessa prisão é cautelar e como tal, há que ser imposta com a devida motivação e fundamentação (imperativo constitucional da fundamentação idônea obrigatória, artigo 93, inciso IX da CF/88).

Com efeito, há que se rechaçar o pífio argumento de que a prisão deve ser imposta em virtude da aplicação fria do artigo 27, § 2º da Lei n. 8.038/90 que dispõe que “os recursos Especial e Extraordinário serão recebidos apenas no efeito devolutivo”, tal disposição não é idônea à ensejar medida constritiva de natureza cautelar, salvo se comprovado os pressupostos e fundamentos da cautelaridade (artigo 312 do CPP).

Respeitando os posicionamentos em contrário, não vejo explicação plausível em direito para a chamada execução antecipada da pena. O fato é bem simples: como ter certeza de que cometera mesmo a infração penal o acusado? A certeza, em processo criminal dialático-constitucional, só ocorrerá com o trânsito em julgado da condenação penal.

A curiosidade é tamanha que se chega a pensar que eventual absolvição em instância superior não caracterizará erro judiciário, eis que o próprio Estado já estava executando uma pena de caráter virtual, inexistente e ignominiosa. A Constituição da República, igualmente, assegura no artigo 5, inciso LXXV que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, parece-me o caso de erro a antecipação dos efeitos de uma condenação fadada (por exemplo) ao MALOGRO!

É uma garantia fundamental do acusado, a observância do devido processo criminal, a manutenção de seu status de inocente até a vinda definitiva de título judicial de índole condenatória, só assim autorizado estará o Estado a executar a pena imposta.

A prisão sem fundamento cautelar, antes que se transite em julgado a condenação penal, reveste-se de caráter de execução antecipada da pena, o que se reputa ilegal por violação ao disposto no artigo 5, inciso LVII da Constituição da República. Assim manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence em voto no HC n. 69.964 “... Mas, Senhor Presidente, 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...”.

Não há, a toda evidência, como conceber a execução antecipada da pena na atual geração constitucional, pensar diferente é ter como letra morta o artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República e toda construção garantista da reforma penal de 1984, que deu mais concretude ao estado jurídico de inocência.

Notas:

[1] Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, Servidor do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, autor de artigos jurídicos, blog: www.odireitocriminal.blogspot.com.

[2] Direitos e garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004, p. 281.

[3] Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal, 3. ed., p. 151/152:

Fonte: Da Redação

Disponível em:

http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_destaque&cod_destaque=551

Acesso em: 16 de setembro de 2008.