

A execução antecipada da pena e a liberdade na pendência de recursos de índole excepcional, o SUPREMO “bate o martelo” - HC n. 84.078/MG

Fernando César Faria^[1]

SINTESE ESTRUTURADA: 1. RESUMO. 2. EXPOSIÇÃO INICIAL DA PROBLEMÁTICA. 3. DO ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ E DO STF SOBRE O TEMA. 4. A DECISÃO FINAL DO CASO TRAZIDA PELO STF: A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (*HABEAS CORPUS* N. 84.078/MG). 5. DAS DUAS ESPÉCIES (NATUREZA) DE PRISÃO ACEITAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO – PROCESSO CRIMINAL DIALÓGICO. 6. A LEI N. 8.038, DE 28 DE MAIO DE 1990 E A MUDANÇA DO GARANTISMO TRAZIDO PELA REFORMA PENAL DE 1984. 7. PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE: UMA AFRONTA À PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA. 8. CONCLUSÃO.

1. RESUMO: O presente trabalho pauta-se na abordagem da, a **nosso sentir**, inconstitucionalidade da chamada **execução da antecipada da pena**, de forma prejudicial ao acusado, tendo como paradigma o “**direito**” de recorrer excepcionalmente em liberdade. Em apertada síntese, discute-se a viabilidade jurídica do afastamento da incidência do art. 637 do Código de Processo Penal, ou mesmo a não recepção desse Direito pré-constitucional, impondo, dessarte, a sua **revogação**.

2. Exposição inicial da problemática:

Inicialmente registra-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, se mostra clara em asseverar, no art. 5º, que “**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**” (cf. inciso LVII). Postulado do estado jurídico de inocência.

Desse postulado constitucional, como dito, retira-se o estado **jurídico de inocência**, comumente chamado de presunção de não-culpabilidade (e que preferimos chamar de estado de inocência), bom, 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. É dizer, trata-se da coisa julgada criminal.[2]

Nossa bíblia política (leia-se: CR/88), 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**”

(cf. inciso LV). É dizer, a mim, a nós, é assegurado, absolutamente, um legítimo e justo processo criminal dialógico. Esse processo está, hodiernamente, impregnado pelos direitos fundamentais do cidadão. Ora, não se nega que a ampla defesa, desdobramento lógico do contraditório, **funda-se**, justamente, nessa natureza dialógica do processo penal. Não nos aventuremos, por ora, nessa divagação.

Pois bem, existe grande celeuma na seara jurídica quanto a possibilidade (ou não) de o acusado aguardar, conservando incólume seu estado de liberdade, o julgamento de eventual recurso de índole excepcional (leia-se: **REsp**, Recurso Especial junto ao **STJ** e **RE**, Recurso Extraordinário junto ao **STF**) por ele interposto. Dessarte, nesse tom, a comunidade jurídica, bem como a jurisprudência, oscilam em aceitar (**ou não**) a execução antecipada da “**pena**” na pendência de recursos de índole excepcional. Essa é a grande questão: **saber se ofende ou não o princípio do estado jurídico de inocência?!?**

Com efeito, a [adrede](#) citada vacilância mostra-se claramente na seguinte questão: a execução antecipada 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 ([CR/88](#), art. 5º, LVII)? Mitiga (ou não) a ampla defesa do acusado na fase recursal excepcional, em outras palavras: o mecanismo processo criminal (dialógico) é abalado?

Não vemos como não entender que sim, todavia, digressão maior merece o tema.

Algumas decisões dos Tribunais Pátrios fundamentam a expedição de mandado de prisão (em sede de recurso de apelação, (é que), como dito alhures, os recursos ordinários, com efeito suspensivo, se esgotaram), no art. [637 do Código de Processo Penal](#) que, textualmente, aduz “[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”. (o grifo é nosso, bem como o “[o]”).

O [desiderato](#) dessas linhas é demonstrar, com argumentos e **com a novíssima decisão do Supremo Tribunal Federal**, que a execução antecipada da pena é flagrantemente inconstitucional e insustentável no Estado Democrático de Direito, vai de encontro a todos os postulados do devido processo criminal dialético, sem contar que restringe demasiadamente a ampla defesa, obstaculizando uma garantia constitucional, a de se mostrar irresignado, lançando mão de um mecanismo criando pelo próprio Estado: **o recurso de índole excepcional**. Ou seja, em apertada síntese, a execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o mandamento normativo contido no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República.

O presente problema que ora se põe em discussão tem como espeque demonstrar, **também**, que a Constituição da República determina apenas duas espécies de prisão, a saber, a provisória (cautelar) e a definitiva (pena), com isso fazendo uma correlação entre essas espécies de prisão com a execução antecipada da pena. Sendo assim, demonstraremos que viola o estado de inocência a execução antecipada da pena, destarte, nem se trata de pena, e sim, de uma suposição. Ora, a rigor, e para isso nem nos alongaremos mais, por lógica, só se antecipa o que se tem certeza e no caso de execução antecipada da pena: não se tem certeza da culpa, que só vira com o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Fugindo, um pouco, da temática em revista e descambando para a ausência do rigorismo jurídico, o exemplo se impõe: a antecipação de um pagamento, quando se faz de modo antecipado, não se desvirtua a data do vencimento, que é, sempre, **certa**, antecipe o

pagamento ou não. A pena no direito penal, **não. Não há como antecipar a pena em Direito penal, não há certeza da pena, salvo se após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

Aqui não se ignora a tutela antecipada no direito civil, de natureza satisfativa, é que no Direito penal não existe uma tutela antecipatória satisfativa do Estado, revelada pela antecipação de uma “pena virtual”, isso é ilógico, é absurdo, é aberração jurídica, é fomento da tirania ao argumento de **satisfação social midiática.**

Nesse desiderato de ideias, discute-se, também (**e de modo invectivo**) a insustentabilidade da expedição de mandado de prisão única e exclusivamente ao argumento do exaurimento das vias ordinárias recursais (**essas, em regra, dotadas de efeito suspensivo**), ou seja, a prisão fora das hipóteses que o sistema processual e a **Constituição da República** autorizam.

Pois bem. Verificamos, então, com o escopo de obter uma visão sistemática, a visão que os Tribunais Superiores dão ao tema vertente:

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

Frisa-se, **preliminarmente**, que tanto o **Supremo Tribunal Federal** quanto o **Superior Tribunal de Justiça** *admittam* a chamada execução antecipada da pena, com implicações, de até, expedição de mandado de prisão na pendência de recursos de natureza excepcional.

Destaca-se que esse entendimento, **definitivamente**, mudou. Referida mudança dá, com certeza “solar”, mais concretude ao estado jurídico de inocência (**CR/88**, art. 5º, inciso LVII), uma vez que a pena só se assemelha a figura do condenado (assim constitucionalmente considerado culpado).

Confirmam-se alguns **arestos** que demonstram bem essa oscilação de posicionamentos:

3.1 – Superior Tribunal de Justiça:

3.1.1 – 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).

3.1.2 – 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). (grifamos).

3.2 – Supremo Tribunal Federal (antes da decisão do HC n. 84.078/MG):

3.2.1 - 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).

3.2.2 - 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** eram vacilantes nos posicionamentos. Na suprema corte infraconstitucional (leia-se: **STJ**) a matéria ainda se encontra vacilante. No **Pretório Excelso** já não se tem mais essa vacilância, enfim, não existe a possibilidade de execução antecipada da pena na visão do **STF** e sendo assim, pensamos que a decisão tende a prevalecer, ante a força exercida pela Corte Máxima.

Com efeito, prendemo-nos, a princípio, no entendimento do **Superior Tribunal de Justiça**. Anota-se que no **STJ** firme era o posicionamento da 5ª Turma quanto a possibilidade de execução antecipada da pena, conforme se vê do julgado acima **trasladado**, 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, observa-se, na 6ª Turma, farta jurisprudência sobre o tema, notadamente no sentido da inconstitucionalidade, ao argumento que fere o estado jurídico de inocência (CR/88, art. 5º, LVII), outrossim, 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, **paulatinamente**, mudando, conforme se deduz do recente julgamento do *Habeas Corpus* n. 107.077 – MT, **que tivemos a oportunidade de confeccionar**, na qualidade de estagiário da e. Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso.

Na decisão do *Wirt* acima nomeado, a Ministra **JANE SILVA** (Desembargadora convocada do TJ/MG) retomou o seu entendimento em relação a não admissibilidade da execução antecipada da pena, entendimento este, antes sufragado pela Turma, assim reafirmou a contrariedade a chamada antecipada execução da pena, a nosso juízo é importante a colação de parte da decisão monocrática, veja-se:

“ ... 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 art. 312 do Código de Processo Penal, diante de fatos concretos.”

Pois bem. Analisemos então a questão no ponto que toca o **Supremo Tribunal Federal**. A princípio o entendimento mudou.

4. A decisão final do caso trazida pelo STF: a execução antecipada da pena é incompatível com a Constituição da República (*Habeas Corpus* n. 84.078/MG):

Antes de adentrarmos ao cerne da discussão frente a decisão do **Supremo Tribunal Federal** (HC n. 84.078/MG) ocorrida no dia **05.02.2009**, passamos em revista, em apertada síntese, a discordância dantes existente na nossa suprema corte constitucional com relação a matéria posta à discussão.

Com efeito, quanto a vacilância existente entre a 1ª e a 2ª Turmas, frisa-se que na 2ª era praticamente pacífico o entendimento de que feria 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 art. 637 do Código de Processo Penal não teria sido recepcionado pela Constituição da República. A tese de não recepção é pertinente em razão de ser o artigo 637 do CPP classificado como Direito pré-constitucional e por isso não cabe controle de constitucionalidade, sendo assim, descabido dizer que o referido artigo é inconstitucional, certo dizermos que não foi recepcionado.

Repisa-se, antiga era a discussão na 2ª Turma, que acertadamente sempre declarou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, ao argumento de que feria o estado jurídico de inocência. A conta da 2ª Turma era bem simples: a Lei de Execução Penal (Lei 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 art. 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, e que merece célere digressão, é o seguinte: ambas as turmas do STF vêm interpretando, no que toca à pena restritiva de direitos, o art. 147 da Lei de Execuções Penais à luz da Constituição da República, o artigo citado diz textualmente que “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, 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 poderia prevalecer este entendimento somente para as penas restritivas de direito e restar olvidado para as constritivas de liberdade (notadamente mais gravosas)?

A questão foi francamente enfrentada pelo eminente Ministro Eros Grau no voto do Habeas Corpus n. 91.232/PE, assim 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 art. 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...”. (grifamos).

Era 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 em prejuízo do réu, 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 a quantidade da pena imposta, tudo ao argumento de uma antecipada execução.

Diz-se isso porque o próprio **STF** admite, a antecipação dos efeitos da sentença penal condenatória em favor do réu, explica-se:

Na sessão plenária de 24/09/2003 o **STF** aprovou a súmula **n. 716**, que aduz **“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 não há como negar, 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. **Há, então, uma ponderação de direitos fundamentais** e, nesse caso, a nosso sentir, deve-se buscar uma harmonização de modo que satisfaça ambos os direitos fundamentais. A rigor, com a progressão, malgrado se tratar de instituto indiscutivelmente de natureza executiva, a liberdade deve ter primazia, uma vez que em nada agredirá o estado de inocência a mudança de estado mais gravoso para o menos gravoso. A rigor houve apenas uma atenuação de uma situação e não criação de nova situação ofensiva ao estado de inocência.

Por isso às vezes que sustentam que deve haver antecipação da pena e usam com base este precedente do **STF** diga-se: **não estão com a razão**.

Pois bem, por 7 votos a 4, o Plenário do **Supremo Tribunal Federal** concedeu, no dia **05.02.2009**, o *Habeas Corpus* **n. 84078/MG** para permitir a uma pessoa condenada pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em **regime inicialmente fechado**, recorresse dessa condenação, aos tribunais superiores, em liberdade.

Do sítio oficial do **STF** (rede mundial de computadores: **www.stf.jus.br**) encontramos notícia do dia **05.02.2009** (dia do julgamento), que ante a sua síntese bem desenvolvida, colocamos parte que bem retrata a marcha jurídica da ação constitucional que aqui se discute:

“O processo [HC n. 84.078] provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

Prevaleceu a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor [paciente], antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Já os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm "efeito suspensivo" (quando se suspende a sentença condenatória, no caso). Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, 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.

Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família.

Esta, entretanto, conforme o ministro Celso de Mello, “não é juridicamente viável em nosso sistema normativo”. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal”.

Durante os debates, o ministro Joaquim Barbosa questionou a eficácia do sistema penal brasileiro. “Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim”, afirmou.

“No processo penal, o réu dispõe de recursos de impugnação que não existem no processo civil”, observou ainda Joaquim Barbosa.

Segundo ele, em nenhum país há a “generosidade de HCs” existente no Brasil.

Ele disse, a propósito, que há réus confessos que nunca permanecem presos. E citou um

exemplo: “Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo”, relatou. “Só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto”.

“O leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável”, afirmou. “Não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos politicamente – porque esta é uma decisão política que cabe à Corte Suprema decidir – que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário julgado por esta Corte, nós temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão”.

Ao proferir seu voto – o último do julgamento –, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto majoritário do relator, ministro Eros Grau. Apresentando dados, ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil.

“Eu tenho dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]”.

“Nos mutirões realizado pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada”, relatou ainda o ministro. “No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público”.

“Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355”, informou o presidente do STF. “Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e Ais [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo”.

“De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva”, assinalou Gilmar Mendes. “O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dentes, um chinelo”.

“Portanto – concluiu –, não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal”.

Entrementes, sem mais delongas, o exarado acima falar por si só.

5. Das duas espécies (natureza) de prisão aceitas no Estado Constitucional de Direito – processo criminal dialógico:

Mostra-se necessário discorrermos, em apertada síntese, sobre as espécies de prisão existentes no Estado Democrático de Direito, que julgamos haver pertinência lógica ao tema antecipação a pena.

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 (**de natureza estritamente cautelar**), esta sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a definitiva (**caráter de pena**), posterior ao trânsito em julgado.

Nesse conjunto de ideias, frisa-se que o pressuposto real e concreto da prisão provisória, de natureza cautelar, além da certeza da materialidade e sérios (**e não vagos**) indícios de autoria, são os requisitos estampados no art. 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 Prof. **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...” [3]

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, destarte, deve o magistrado buscar o fundamento nos requisitos tombados no art. 312 do Código de Processo Penal. Fora desses casos (Flagrante, temporária e preventiva, que são espécies do gênero prisão provisória), a Constituição da República e todo o direito instrumental vedam a prisão.

De feito, 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! Assume, parafraseando **HUNGRIA**, o ponto culminante na orografia das prisões.

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 contrariaria o estado jurídico de inocência.

A fim de remate, confira-se a doutrina perfeita de **LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO**: [4]

“(...) 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”.

6. 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 n. 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 art. 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 art. 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. Isso, a nosso juízo, mais se assemelha a um direito processual/penal “midiático” e não dialético-constitucional.**

Por fim, discute-se uma coisa chamada presunção de culpabilidade, tema que realmente nos toca de perto. Pensamos que esse estigma não mais existisse entre nós, mas não é bem assim. Vejamos então um breve apanhado de ideias (*ideias, aqui, segundo a nova gramática não tem mais acento agudo*).

7. Presunção de culpabilidade: uma afronta à principiologia jurídica:

Como se sabe, a Constituição da República garante que **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”** (CR/88, art. 5, inciso LVII). Nesse sentido, como já vimos, o réu tem pleno direito de recorrer, nas vias excepcionais, em liberdade, salvo se presente necessidade excepcional de sua prisão.

Com efeito, pensamos que a chamada execução provisória nos traz à tona uma trágica época de nossa história, o Estado Novo, impregnado pela ditadura e tirania, onde Direitos fundamentais não eram assegurados minimamente. Falamos do Decreto-Lei 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5. Por esse Decreto, o réu deveria provar a sua inocência e não o contrário. Isso já imperou no Brasil. Hoje já, felizmente, não mais. Porém, algumas chagas ainda carregamos, a exemplo de um requisito da constrição preventiva, inventado, chamado de “distrito da culpa”. Essa expressão deita raízes na época do indigitado decreto.

Ora, pensar que o réu deva cumprir uma pena na certeza que virá a sua condenação (porque só resta essa explicação!) é dizer que a sua culpa já está formada e por isso executa-se a virtual sentença condenatória sem ter transitado em julgado, mas com força de tal!

Algumas vozes na seara jurídica insistem em asseverar que na atual dimensão dos direitos fundamentais (**e aqui impregna-se o processo penal**) há espaço a um malfadado princípio da **“presunção de culpabilidade”**, isso, a nosso sentir, é ranço de um regime aberracional e desprovido de qualquer razão de ser. Essas vozes dizem que pelo simples fato de a pessoa estar inserida em inquérito policial ou mesmo uma ação penal, como indiciada ou acusada respectivamente, este fato (simples) teria o condão de **exsurgir a presunção de culpabilidade**.

Reconhece-se que é uma teoria mesmo incrível. Incrível como tangencia a razoabilidade, caindo no poço da ignorância tirânica e parva.

Ora, a Constituição da República é clara e certa como a luz solar. Para aqueles que sustentam esse posicionamento, o caminho é rever seus conceitos jurídicos-sociológicos, consertando, assim, a estupidez desse argumento.

Não conseguimos compatibilizar esse princípio da presunção de culpabilidade pelo simples fato de se responder um processo-crime. Todos os países civilizados afastam essa aberração jurídica. Peguemos como parâmetro, então, o surgimento e o alardeamento do estado jurídico de inocência (**verdadeiro princípio**). Foi na França que teve origem, na célebre Declaração dos Direitos do Homem, que tinha por escopo justamente a proteção do cidadão do arbítrio do Estado, que o presumia culpado (veja só quanto tempo se passou); ao depois foi adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU/1948 e, ao fim, pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969. **A nota triste é que somente foi introduzido no Brasil em 1988 com a promulgação da Constituição da República.**

Às pessoas que sustentam a existência do princípio da presunção da culpabilidade, ao argumento de estar sob investigação policial ou judiciária, diga-se, a elas, que o **estado jurídico de inocência tem natureza jurídica de garantia individual, tendo repercussão direta no processo (sentido amplo, englobando o inquérito e o processo-crime) em favor da pessoa.**

Não há como não deixar registrado que a regra contida no art. 5º, inciso LVII da **CR/88 reflete a conquista de um povo livre e soberano**. O estado jurídico de inocência (e aqui, de vez, abandonemos a nomenclatura de presunção de inocência, uma vez que o que se presume não se tem certeza que não o é, o que não é o caso do estado jurídico de inocência), traz o significado de que o acusado (**sentido amplo**) **NÃO poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo, assim, ser considerado e tratado como inocente.**

Ora, chega até ser engraçado (**ou aqui classifico como uma anedota jurídica**) que as vozes que sustentam a presença em nosso ordenamento da presunção de culpabilidade não lançam olhos em coisas básicas do processo penal constitucional, vamos, então, aqui, fazer o papel de “abrir os olhos” dessas pessoas.

Com efeito, não há como negar que **só** existe, no Brasil, o **estado de inocência**, afirma-se isso pelos seguintes combinações fatores, dentre outros:

a) no caso de dúvida aplica-se o princípio in dubio pro reo, indiscutivelmente sua matriz é buscada no estado jurídico de inocência e acolhido pelo nosso Código de Processo Penal, art. 386, V;

b) Somente decisão irrecurável pode declarar a culpabilidade do acusado, depois de provada durante a instrução criminal de processo dialógico, e só depois disso poderá ser tratado como culpado;

c) A prova da culpa do acusado é, exclusivamente, do Ministério Público ou querelante (os donos da ação pública e privada, respectivamente);

d) O juiz está obrigado a verificar, acuradamente, a estrita necessidade de constrição de liberdade (que a toda evidência é antecipada), sujeitando-se a fundamentação obrigatória de sua decisão, sob pena de nulidade, CR/88, art. 93, IX; e

e) A não recepção do art. 393, inciso I e II, notadamente o inciso II, que determina, como efeito da sentença penal recorrível, lançar o nome do réu no rol dos culpados. Destarte, a jurisprudência do STF está orientada no sentido de que o princípio constitucional do estado jurídico de inocência impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória. Frisa-se, não se lança o nome do réu no “poço dos culpados” em razão de simplesmente não ser, ainda, considerado culpado.

Notável é a manifestação do penalista **ROBERTO DELMANTO JUNIOR [5]**, para ele o estado jurídico de inocência abrange, além da inversão do ônus da prova, como também, a impossibilidade jurídica de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado. Por exemplo, direito a sua imagem (que na maioria das vezes é violada, sabemos bem um exemplo disso aqui na capital do Estado de Mato Grosso), ao silêncio, sem que se isso retrata culpabilidade, local condigno em sala de audiências ou no plenário do Júri, ao não uso de algemas, salvo em casos excepcionais, e, ao fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória.

Absurdez maior reside na questão levantada pelos que sustentam a tese da presunção de culpabilidade, dizem que haveria uma terceira categoria de situação processual: **o suspeito!**

Mais uma vez há equívoco e dessa vez o chega-se a **tangenciar a demência**. Não existe essa terceira figura. **O que existe, tão-somente, são as personagens: inocente e culpado**. Só essas.

Para afastar a absurdez da admissão dessa terceira figura [**o suspeito**], trazemos a colação as lições do Prof. Argentino **ALBERTO M. BINDER** em sua obra Introdução ao Direito Processual Penal:

a) Que somente a sentença tem essa faculdade;

b) Que no momento da sentença existem somente duas possibilidades: culpado ou inocente. Não existe uma terceira possibilidade;

c) Que a ‘culpabilidade’ deve ser juridicamente provada;

d) Que essa construção implica a aquisição de um grau de certeza;

e) Que o acusado não tem que provar sua inocência;

f) Que o acusado não pode ser tratado como um culpado;

g) Que não podem existir mitos de culpa, isto é, partes da culpa que não necessitam ser

provadas.

Aos que sustentam a existência da presunção de culpabilidade, pergunto-lhes: negam a existência do que está elencado acima? Se sim, como compatibilizar racionalmente a negativa?

Sabendo que não encontrarão resposta plausível, continuemos.

Em leitura da obra do Prof. **ROBERTO DELMANTO JUNIOR** (cuja genealogia impõe respeito) é possível extrair várias conclusões, que ricamente são aproveitadas e, com respeito, compartilha-se com elas, **sintetizemos então**.

ORA, a pessoa, definitivamente, chega ao inquérito policial (ou processo-crime) completamente **isenta de culpa e somente a sentença penal condenatória transitada em julgado poderá ser declarada culpada**. O início da ação estatal e a imutabilidade da sentença são marcadas por um período chamado instrução criminal, onde na qual ser-lhe-á assegurada, a pessoa acusada, plena capacidade de defesa, **formal e substancial**.

Há, então, dois extremos: a **inocência e a culpabilidade formada** com o devido processo criminal dialógico, não há um meio termo em que se alberga uma tal de **presunção de culpabilidade**.

Assim, o cidadão (**leia-se: qualquer pessoa**) deve ser considerado pelo Estado como um cidadão livre, mesmo porque pesam, tão-somente, indícios de autoria (**impregnados de um mínimo de certeza, desprovidos totalmente da vagueza típica da tirania**), em nenhum momento a sua culpabilidade poderá ser antecipada. Pensarmos diferente é admitirmos o manuseio da prisão preventiva como antecipação da pena (não só pensemos isso, mas, infelizmente, é utilizada assim hodiernamente).

Devemos respeito, antes de tudo, à **Constituição da República**, giza-se que a atual situação do nosso processo penal causa espanto e está longe de cumprir os mandamentos insertos na Lei maior. Ao revés do que pensamos, muita gente no Brasil sustenta a **presunção de culpabilidade** (a sociedade tende a pensar assim por puro e odioso preconceito), **aqueles que são submetidos ao processo-crime são tratados como culpados, pela denúncia, pelos meios de comunicação em massa, enfim, pelo povo**.

O **Brasil** tem, dados do **Conselho Nacional de Justiça**, cerca de 440 mil presos, sendo que 189 mil são presos provisórios (**os chamados presos sem condenação**), em prisão provisória. Nada obstante a isso, **é falso o fenômeno dos presos sem condenação**, da utilização do processo como controle social, das restrições à ampla defesa (notadamente à Defensoria Pública), das aberrações jurídicas consistentes nas várias espécies de presunções existentes, virtualmente, no ordenamento repressivo, da utilização do ônus da prova contra o acusado, do tratamento subumano da prisão preventiva

Giza-se que o estado de inocência é uma verdadeira garantia constitucional que suplanta os limites formais e materiais do processo penal, está presente em toda ação estatal que perquire a sanção penal, é, a toda evidência, **a comporta que separa o poder punitivo da tirania**.

Para dar efetividade ao princípio aqui comentado, **é necessário ter em mente que se trata de uma garantia constitucional que ultrapassa os limites do processo penal, penetrando todos os procedimentos que visem à aplicação de alguma sanção penal**.

Sustentar que há **princípio da culpabilidade tão-somente** em virtude de uma investigação, ao argumento de proteção da sociedade (**porque ela vê assim**) é invocar o Direito para espezinhar o próprio Direito, sob o pretexto de tutela. Ora, invocar os Direitos sociais, econômicos e culturais para legitimar verdadeiros simulacros de tutela, que a bem da verdade costumeiramente recaem sobre aqueles que, legitimamente e por meios idôneos de realização, reclamam por seu respeito.

Vivemos em um Estado de Direito. É certo de que não há Estados de Direito perfeitos, e sim modelos concretos que se avizinham mais ou menos do “**ideal**”. Existe, a bem da verdade, dois Estados: **o de Direito e o de Polícia**. A rigor, todo Estado de Direito contém um Estado de Polícia na sua parte interna, que briga sangrentamente pelo rompimento de seus limites. Reconhece-se que o Estado de Polícia não desapareceu, está vivo em cada Estado de Direito, mais ou menos contido por este. **O Estado de Direito que mais se aproxima do ideal é aquele que contém em menor quantidade esse Estado de Polícia (tirânico por excelência).**

O poder punitivo é o melhor exemplo do Estado de Polícia, a sua natureza é sempre violenta e discriminatória e a função do Direito criminal de garantias é justamente contê-lo numa dimensão de total utilidade, **a repressão é a última razão**, é o argumento decisivo e terminante dos conflitos.

Pensar com aqueles que sustentam a existência de uma presunção de culpabilidade aos que estão entregues a persecução penal (inquérito policial ou ação penal), **é abraçar o Estado de Polícia; é pendular no sentido da construção de um Estado Penal de Direito; é desdizer as garantias conquistadas por uma nação hoje soberana e que visa garantir a dignidade da pessoa humana (fundamento da República, CR/88, art. 1º, inciso III); é dar as costas ao fim do Estado de Direito: construir uma sociedade livre, justa e solidária; enfim: inadmissível qualquer lampejo de volver aos anos de “chumbo”, qualquer simulacro de defesa social em detrimento do cidadão provido de garantias constitucionais, qualquer ilusão à tutela virtual.**

Com tudo o que se disse até aqui, brindemo-nos com as argutas palavras do Decano do STF, Ministro **CELSO DE MELLO**:

“Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, DE FORMA INEQUÍVOCA, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo) criou, para o réu, COM A FALTA DE PUDOR QUE CARACTERIZA OS REGIMES AUTORITÁRIOS, A OBRIGAÇÃO DE O ACUSADO PROVAR A SUA PRÓPRIA INOCÊNCIA (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, nº 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, QUE DEVE SEMPRE ASSENTAR-SE — para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica — EM ELEMENTOS DE CERTEZA, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações inequívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, COM OBJETIVIDADE, o órgão judiciário competente, afastando, esse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que”. poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o non liquet” (HC 73.338, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ 19/12/96).

E buscando sintetizar o que aqui já se disse, não poderíamos deixar de citar as palavras,

judiciosas, do Eminentíssimo Ministro **EROS GRAU**, no julgamento do Habeas Corpus n. 91.176/SP, o que corrobora a tudo o que pensamos:

“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. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. 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 Ordem concedida”. (HC 91176, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/10/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00074 EMENT VOL-02304-02 PP-00226). (grifamos).

8. Conclusão:

Concluindo esse trabalho desprovido de qualquer veleidade de impor posicionamentos, considerando a atual dimensão dos direitos fundamentais, uma vez que entendemos que há total impregnação desses direitos em todo sistema que se intitula repressivo, **arremata-se que:**

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

2 – 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;

3 – 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;

4 – 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 se leia, afora a certeza da materialidade e sérios indícios de autoria, aqueles e tombados no art. 312 do CPP) e o que estado-juiz fundamente sua decisão (art. 93, inciso IX da CR/88);

5 – Nesse conjunto de ideias, 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, se valendo de todos os meios existentes, em liberdade, é dizer que seu estado de inocência desapareceu, só existindo quando haviam recursos dotados de eficácia suspensiva;

6 – 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;

7 – 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, art. 93, inciso IX da CR/88);

8 – Com efeito, há que se rechaçar o pífio argumento de que a prisão deve ser imposta em virtude da aplicação fria do art. 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 (CPP, art. 312);

9 – 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 dialético-constitucional, só ocorrerá com o trânsito em julgado da condenação penal;

10 – 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 art. 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 caso de erro a antecipação dos efeitos de uma condenação fadada (por exemplo) ao MALOGRO!;

11 – 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;

12 – 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 art. 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..."; e

13 – Não há, a toda evidência, como conceber a execução antecipada da pena na atual geração constitucional, pensar diferente é ter como letra morta o art. 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.

14 - Essa é a nossa posição.

Notas:

[1] O Autor é graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (5º Ano), ex-estagiário do Ministério Público de Mato Grosso, ex-estagiário da Defensoria Pública de Mato Grosso, ex-estagiário da Procuradoria da Defensoria Pública de Mato Grosso, ex-estagiário do Ministério Público Federal, Procuradoria da República em Mato Grosso, ex-Inspetor de Menores, voluntário, na comarca de Várzea Grande – MT, atual servidor público do Ministério Público Estadual. Autor de artigos Jurídicos: site pessoal: <http://odireitocriminal.blogspot.com>.

[2] Pois bem. Pequena digressão se faz necessária. O art. 6º, § 3º do Decreto-Lei n. 4.657 (leia-se Lei ordinária), de 04.09.1942, a Lei de Instrução do Código Civil (LICC) revela que "Chama-se coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso." Pensamos que se trata de verdadeiro "estatuto dos princípios gerais do direito", ou seja, o nome não deveria ser "Lei de Introdução ao Código Civil" e sim "Lei Geral de Aplicação de Leis". Com efeito, é ela aplicada subsidiariamente em todos os ramos do Direito, inclusive a apaixonante área do Direito penal. Complementando esse conceito, calha mencionar a lição do "monstro" HÉLIO TORNAGHI: "Coisa julgada, portanto, é a própria matéria discutida, depois que o Juiz se pronuncia, sem mais qualquer possibilidade de recurso ou de mudança de decisão". (TORNAGHI, 1981, p.180);

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

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

[5] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67-68.