XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: ANÁLISE DE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO PENAL 470.

THE IMPLEMENTATION OF PROVISIONAL FREEDOM OF PRIVATE PENALTY: ANALYSIS OF THEIR (IN) CONSTITUTIONALITY IN CRIMINAL CASE 470.

Andrea Leticia Carvalho GuimarÃes
Pedro Henrique Braga Alves

Resumo

O presente trabalho busca discutir a constitucionalidade, do instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, bem como a sua aplicação no caso concreto da Ação Penal 470(Mensalão), perante o princípio da presunção de inocência. A metodologia de pesquisa aplicada baseia-se no método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisas bibliográficas e análises jurisprudenciais. E, concluiu-se que a execução da pena privativa de liberdade no julgamento Mensalão, de acordo com toda análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, contraria os princípios constitucionais e os próprios entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência, Execução provisória, Pena privativa de liberdade, Ação penal 470.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the constitutionality of the provisional execution Institute of deprivation of liberty in Brazilian law, in relation to the Federal Constitution and the constitutional legislation and its application in the case of criminal action 470 ("Mensalão") before the principle of presumption of innocence. The research methodology is based on the hypothetical-deductive method, based on literature searches and case analysis. And, it was concluded that the implementation of deprivation of liberty in Mensalão trial in accordance with all systemic analysis of Brazilian law, contrary to the constitutional principles and jurisprudence own understandings of the Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle presumption of innocence, Provisional execution, Penalty that deprives freedom, Prosecution 470.

INTRODUÇÃO

A execução provisória de pena privativa de liberdade não foi trazida pela Constituição Federal de 1988, nem pela Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal. Contudo, a partir de 1999, foram reiteradas decisões judiciais de primeiro e segundo grau permitindo tal instituto. Com a instituição do Conselho Nacional de Justiça – CNJ criou-se, em 2006, a Resolução nº 19/CNJ, que estabelece a execução provisória no âmbito penal. Em 2010, no entanto, foi criada a Resolução nº 113/CNJ, revogando a resolução anterior.

Enquanto isso, O Supremo Tribunal Federal – STF vinha se posicionando contra este ato, pacificando, em certo momento, sua jurisprudência no sentido de que não seria possível sua aplicação. Contudo, acabou por aplicar o instituto na Ação Penal 470, conhecida como "Ação Judicial do Mensalão", que tomou a frente da mídia nos últimos anos.

Nesse sentido, questiona-se se a execução provisória, que ficou expressa na decisão condenatória da AP 470, poderia ser considerada constitucional. Uma norma jurídica que estabeleça a "execução provisória", ou seja, o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, é permitida pela Constituição Federal de 1988?

Tal assunto deve ser reiteradamente discutido, pois afetará o direito penitenciário e processual penal como um todo, modificando requisitos para cumprimento de pena definitiva, sua aplicação e os problemas decorridos dessa provisoriedade, já que acarretará em vários problemas, caso a decisão colegiada em recurso interposto anule a sentença condenatória ou a converta em absolutória.

O presente trabalho busca discutir a validade, em relação à Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, do instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, encontrada no lapso temporal entre a sentença, seu trânsito em julgado e o início da execução penal com a emissão da guia de execução definitiva.

Ademais, busca apresentar o instituto da execução provisória de pena, descrever e analisar suas possibilidades e consequências e explicar sua possibilidade ou não dentro do direito brasileiro. O presente trabalho é embasado em análise de doutrinas, jurisprudência, decisões judiciais e em notícias veiculadas pela mídia especializada. A metodologia de pesquisa aplicada baseia-se no método hipotético-dedutivo (MARCONI, 2001, p. 47-48), com fundamentos em pesquisas bibliográficas e terá foco em analisar as decisões judiciais que permitem ou não esse instituto, bem como examinar a aplicação do presente tema na Ação Penal 470, julgada perante o Supremo Tribunal Federal.

1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 traz no bojo do art. 5º parte dos direitos e garantias fundamentais constantes de seu texto. Preliminarmente, necessário se faz um entendimento básico e não aprofundado sobre os direitos fundamentais e suas limitações. De acordo com Wolfgang, Marinoni e Mitidiero (2014), "os direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados".

Os direitos fundamentais são tratados como cláusulas pétreas constitucionais, sofrendo limitações pela própria Constituição e perante esta atingindo seu ápice de indispensabilidade. O direito fundamental traz uma enorme relevância para o bem jurídico tutelado, evitando que este seja tolhido por qualquer outro motivo que não possua tanta relevância ao bem jurídico.

Por outro lado, os direitos fundamentais não podem ser tratados apenas pela relevância destes ao bem jurídico amparado, mas também sua relevância em relação à hierarquia normativa e constitucional em relação às outras normas constitucionais contidas na Carta Magna.

Ademais, os direitos fundamentais não são absolutos na norma, sofrendo limitações quando enfrentam alguns valores constitucionais, ou quando estão perante outras ordens constitucionais. Não existem direitos ilimitados, ao qual não poderão sofrer limitações para proteger bem jurídico protegido diverso que o primeiro direito venha a ofender. Os direitos fundamentais desempenham diversas funções no ordenamento jurídico brasileiro, seja para proteger o bem jurídico tutelado, seja para garantir futuro direito que venha a ser adquirido, evitando o abuso do poder de legislar, julgar e executar para lesionar os bens ora protegidos.

Com esse entendimento, passemos a estudar o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, ponto basilar para início do presente estudo.

1.1 Análise sobre o Princípio da Presunção de Inocência

Conforme supramencionado, assevera o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, trazendo, de forma explícita na Carta Magna, o princípio da presunção de inocência ou presunção da não culpabilidade, que se traduz em explicar o princípio.

A discussão sobre tal princípio precede a Constituição Federal que nos rege atualmente. Além disso, os entendimentos vieram modulando-se de acordo com o período em que o princípio era analisado, mesmo com o advento da Carta Magna de 1988.

O Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário 86.297, julgado no dia 17 de novembro de 1976, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ, 79, n. 2, p. 671, reformou julgado proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, onde se afirmava a inconstitucionalidade da norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime, constante da Lei Complementar nº 5, de 1970. A referida lei dispusera em seu texto que cidadãos que fossem denunciados por prática de crime não eram elegíveis a cargos políticos (MENDES, 2014).

O TSE reconheceu a inconstitucionalidade desta parte da norma, por ser incompatível com o consagrado princípio da presunção de inocência, sendo este de direito universal, referido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, sendo incorporado à ordem constitucional pátria, por meio do que constava no texto do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.

O Ministro de Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 535), consigna passagem do voto do saudoso Ministro Leitão de Abreu no Recurso Extraordinário supracitado:

> Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardial do direito internacional público – *pacta sunt servanda* – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que 'a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota'. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, [...] de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo.

Apesar do voto do Ministro estar fundamentado no que posiciona os direitos constitucionais atuais e estar além do seu tempo, seu voto foi considerado vencido, não sendo o posicionamento aderido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário. Por fim, a Suprema Corte pátria reformou a decisão, mas asseverou que existia a possibilidade de ser encontrado no ordenamento jurídico nacional o princípio da presunção de inocência.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência ou da presunção da não culpabilidade foi positivado no texto da Carta Magna, no art. 5º, LVII, e a discussão sobre sua existência foi pacificada. Todavia, a sua indispensabilidade e suas limitações continuam sendo objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, conforme será evidenciado no presente estudo.

1.2 Presunção de Inocência e as modalidades de prisão cautelar existentes no Direito Penal e Processual Penal brasileiro

O princípio da presunção de inocência é entendido no ordenamento jurídico pátrio como um mecanismo de impedimento da aplicação ao investigado ou denunciado, no decorrer de um inquérito policial ou ação penal, das consequências jurídicas só permitidas quando transitada em julgado a sentença condenatória por cometimento de crime ou contravenção penal, como, por exemplo, lançamento do nome do condenado no rol de culpados e tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Contudo, existe na seara do Direito Penal e Direito Processual Penal a figura da prisão provisória ou cautelar, que busca assegurar o livre caminho e decorrer da investigação policial, na busca de provas, ou da ação penal. O instituto trouxe a baila discussões doutrinárias em relação a sua existência ser uma possível afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. A prisão provisória ou cautelar se subdivide em três espécies: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

1.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante tem como radical de sua nomenclatura o termo em latim *flagrare*, que significa arder, queimar. É algo que está ocorrendo ou acabou de ocorrer, aquilo que ainda está queimando perante o mundo fático ou que iniciou a arder há poucos instantes.

Na lição do Prof. Fernando Capez (2014, p. 320), a prisão em flagrante é "medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção." Por possuir prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e se tratar de ato para garantia da ordem pública e da apuração do fato ocorrido, nada se discute quanto a possível afronta ao princípio da presunção de inocência, posto que se trata de ação necessária para início das investigações.

1.2.2 Prisão temporária

A prisão temporária é a prisão cautelar de natureza processual, com o objetivo de possibilitar as investigações a respeito de crimes graves. Esta ocorre durante o inquérito policial, só podendo ser decretada pela autoridade judiciária competente, se presentes as situações previstas no art. 1º da Lei nº 7.960/89.

Possui o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável pelo mesmo prazo em decisão fundamentada pelo juiz. Também trata-se de prisão com prazo estipulado e com objetivo claro para a doutrina. Cabe ressaltar que a maior controvérsia doutrinária em relação a essa modalidade de prisão é a necessidade da cumulação ou não dos requisitos para sua decretação.

1.2.3 Prisão preventiva

Nesse sentido, seguimos para a mais polêmica e a que realmente insere o indiciado ou denunciado no sistema prisional, a não ser por decisão condenatória transitada em julgado, a prisão preventiva. A prisão preventiva, para Fernando Capez (2014, p. 535), é a:

> [...] prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

A prisão preventiva não possui prazo para término e não depende de convicção por meio de sentença para ser decretada. Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP, tal modalidade de prisão provisória pode ser decretada a qualquer momento da instrução penal e também após a condenação do réu que espera julgamento de recurso interposto.

A prisão preventiva pode ser decretada se preencher um dos seguintes requisitos, constantes do art. 312 do CPP, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, sendo estes não cumulativos: 1) como garantia da ordem pública; 2) como garantia da ordem econômica; 3) por conveniência da instrução criminal; 4) ou para assegurar a aplicação da lei penal. Os três primeiros requisitos só poderão ser aplicados antes da sentença penal condenatória, visto tratar-se de proteção a instrução criminal. Todavia, a prisão preventiva pode ser aplicada para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, quando

condenado o réu, evitar a sua tentativa de fuga da tutela jurisdicional. E, a depender do caso concreto e do crime ao qual o réu foi condenado, sua conversão para medidas cautelares alternativas à prisão, constantes do art. 319 do CPP.

Ante o exposto, tendo em vista não ser o cumprimento de pena em si e necessitar somente de requisitos de proteção processual e social, sem necessidade de convicção positivada em sentença da culpa, a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência. Trata-se de mecanismo para tornar exitosa a persecução penal. Portanto, não se confunde com a execução provisória, tornando necessário o estudo das formas e modalidades da execução da pena privativa de liberdade para melhor entendimento da problemática proposta no presente trabalho.

2 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Código de Processo Penal brasileiro dispõe no art. 593 que caberá apelação, no prazo de 5 (cinco) dias, nos casos ali previstos. Versando sobre os efeitos do recurso de apelação, o Código de Processo Penal determina nos arts. 596 e 597 que toda a apelação de sentença penal condenatória terá efeito devolutivo e suspensivo, salvo nos casos de suspensão condicional da pena, aplicação provisória de interdições de direitos ou aplicação de medidas de segurança e de sentença absolutória. O efeito suspensivo dá os contornos do princípio da presunção de inocência no recurso das decisões definitivas.

Permite o mesmo código no art. 387, § 1º, a faculdade ao juiz, quando proferir a sentença penal condenatória, decidir de forma fundamentada, sobre a manutenção de prisão, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem trazer prejuízo do conhecimento da apelação que venha a ser interposta da sentença.

Assevera o art. 283, do CPP, que não haverá prisão, senão por flagrante delito, sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Especificamente sobre a execução da pena privativa de liberdade, assim dispõe o art. 105, da Lei 7.210/84, que "transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução". (BRASIL, 1984)

Portanto, a lei é expressa ao afirmar que, no momento em que transitar em julgado a sentença que aplicar a pena a ser executada, deverá ser expedida a guia de recolhimento do condenado. Conforme é trazido nos incisos do art. 106 da mesma lei, toda guia de

recolhimento conterá, obrigatoriamente, além de outros documentos listados no seu corpo, a certidão do trânsito em julgado. No texto do art. 107, que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

O fato da expedição da guia ser realizada após o trânsito em julgado evita, então, início de cumprimento de pena privativa de liberdade antes que seja liquidado o quantum da pena, realizado o procedimento judicial e administrativo de maneira correta e se valer da impossibilidade, no momento, de se modificar o título judicial ao qual estão executando.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A execução provisória da pena privativa de liberdade trata do começo da execução da pena privativa de liberdade de sentença condenatória não transitada em julgado, ou seja, com prazo recursal pendente ou com recurso próprio aguardando ser julgado.

A modalidade de execução da pena de forma provisória não foi acolhida na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a positivação do princípio da presunção de inocência. Portanto, ninguém será considerado culpado, enquanto ainda possuir meios processuais de provar sua inocência. Apesar de ter sido publicada antes da Carta Magna de 1988, a Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, foi recepcionada pela Constituição e, mesmo assim, não trazia a possibilidade de se executar a pena de forma provisória.

A discussão doutrinária e jurisprudencial, em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade, é antiga.

Os defensores da impossibilidade de sua aplicação baseiam-se, principalmente, no princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, já bastante discutido antes e positivado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVII. Também trazem a baila os pontos já discutidos no presente estudo, de que a antecipação dos efeitos da sentença iria causar restrições aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da CF.

Para quem defenda a impossibilidade do instituto, os requisitos para a execução da pena privativa de liberdade dispostos na Lei nº 7.210/84, possuem como base o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E não só as penas privativas de liberdade, como as penas restritivas de direito e de multa só poderão ser executadas após o trânsito em julgado, conforme dispõe os artigos 147 e 164, da Lei de Execução Penal. Por fim, a execução

provisória abriria espaço para abusos por parte da autoridade judiciária e da autoridade administrativa.

Por mais que possua entendimento contrário ao da lei, entendendo que deve ser executada provisoriamente a pena, Adeildo Nunes, em sua obra, reconhece que a atual legislação não permite a execução provisória, afirmando que:

> [...] a atual Lei de Execução Penal de 1984 ainda hoje só conhece a figura da execução definitiva de pena. Para todo processo de execução, há necessidade da existência de um título executivo, para a LEP, contudo o único título capaz de ensejar o início da persecução executória é exclusivamente a sentença penal condenatória transitada em julgado, tanto para a execução de pena privativa de liberdade, como as restritivas de direito ou multa. (NUNES, 2014, p. 179)

Por outro lado, os doutrinadores que defendem a possibilidade da execução provisória ponderam que, em tese, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não abrange todo esse campo que por vezes lhe é atribuído. Alegam, portanto, que o princípio da presunção de inocência não se confunde com a inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado, discorrendo que nenhum princípio é absoluto e que a Constituição prevê a possibilidade de prisão anterior a condenação definitiva, disciplinando lei ordinária os níveis de prova e necessidade necessárias para sua aplicação.

As prisões cautelares, quando preenchidos os seus requisitos, não configuram violação do princípio da não culpabilidade. Entretanto, se estas somente se baseiam em meros indícios ou suspeitas de uma pessoa ter cometido um delito, da mesma maneira a execução provisória não seria uma afronta à presunção de inocência do acusado, posto que neste momento o juiz já formulou um juízo de culpabilidade, baseado nas provas contidas nos autos e no decorrer do devido trâmite regular do processo, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Neste sentido, os professores Fabbrini e Mirabete (2014, p. 309) utilizam-se do direito comparado para explicar a possibilidade da execução provisória, bem como sua efetividade, lembrando que:

> [...] em outros países, civilizados e de forte tradição democrática, como Estados Unidos, Canadá, França e Reino Unido, admiti-se o recolhimento do réu à prisão para o cumprimento da pena ainda na pendência de recurso, por vezes até mesmo após a sentença de primeiro grau. Em diversos outros países, como Portugal, Espanha e Alemanha, também não se afasta a possibilidade de execução da pena antes do julgamento pela Corte Suprema. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de outra parte, não assegura o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, mas sim que a prisão somente pode ser ordenada nas hipóteses autorizadas [...].

Além disso, existe a divergência doutrinária em relação ao tema trata dos efeitos do Recurso Especial e Recurso Extraordinário. De regra, os recursos citados não possuem efeito suspensivo, possibilitando então o início do cumprimento da pena. Portanto, para uma vertente doutrinária, por ser possível somente a análise do direito violado em sede de recursos em instâncias extraordinárias, inexistindo reanálise do mérito, não haveria prejuízo ao réu o início do cumprimento de pena.

O outro lado da doutrina, mesmo com os argumentos supra, assevera a utilização do instituto, mesmo com recursos sem efeito suspensivo, acarretariam os mesmos problemas já relatados, tendo em vista que a análise do direito violado pode acarretar em uma possível absolvição do réu, mesmo sem reanálise do mérito.

Ante o exposto, verifica-se que a discussão doutrinária continua acalorada, mesmo que a vertente que defende que a aplicação da execução provisória esteja baseada na lei positivada, enquanto a vertente a favor de sua aplicação esteja baseada em pensamentos baseados em princípios e no direito comparado.

3.1 Pacificação do tema pelo STF no julgamento do HC nº 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009

Diante a discussão sobre a possibilidade da execução provisória de pena, o Ministro Eros Grau, relator do HC nº 84.078/MG, proferiu voto indo contra sua aplicação, ao qual foi confirmado pelo Tribunal Pleno do STF, pacificando até o momento a inaplicabilidade do instituto, conforme decisão *infra* citada:

> 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. 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 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. 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. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na

> realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. 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. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando 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 , o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta 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". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. 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 (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). 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.
> (STF - HC: 84078 MG , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Após explicação totalmente detalhada e demonstrando os efeitos e os fins de uma persecução penal, o bojo do acórdão traz que o criminoso, ao ser julgado, não perde qualidade de sujeito de direitos para que vire um mero objeto processual, podendo ser modulado conforme a livre vontade legal. Aponta, também, que a privação do convívio social é fato grave, devendo levar em conta as circunstâncias da infração, suas singularidades e que o início do cumprimento da pena imposta somente pode ser constatado plenamente, quando do trânsito em julgado da condenação.

3.2 Resolução nº 19/CNJ, de 26 de agosto de 2006

Conforme destaca Nunes (2014, p. 179-180), a partir de 1999, foram exaradas reiteradas decisões judiciais permitindo o instituto da execução provisória de pena. Com o

fundamento de garantir a execução da pena, os magistrados começaram a executar provisoriamente a pena dos condenados em 1ª instância. Aliadas a essas decisões, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ construiu a Resolução n.º 19/CNJ, de 26 de agosto de 2006, permitindo a aplicação da execução provisória pelos juízes monocráticos e colegiados. Os arts. 1º, 2º e 3º da resolução dispunham o seguinte:

> Art. 1° A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.
> § 1° Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão "PROVISÓRIO", em sequência da expressão guia de; recolhimento.
> § 2° A expedição da guia de recolhimento provisório será certificada nos autos do processo criminal.
> § 3° Estando o processo em grau de recurso, e não tendo sido expedida a guia de recolhimento provisório, às Secretarias desses órgãos caberá expedi-la e remetê-la ao juízo competente.
> Art. 2° Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia de recolhimento. Art. 3° Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa." (BRASIL, 2006) (grifo nosso)

Ante o exposto na resolução, é necessário que seja expedida guia de recolhimento provisório para que seja instaurada a execução provisória. O referido documento seria uma analogia a guia de recolhimento existente na Lei de Execução Penal para aqueles que possuem condenação transitada em julgado.

Analisando o teor do contido em seu texto, verifica-se que a execução provisória somente foi permitida caso sobreviesse sentença ou acórdão sem efeito suspensivo.

No caso de sentença, os arts. 596 e 597 do CPP, em regra, só permitem apelação sem efeito suspensivo nos casos de sentença absolutória própria, aplicação provisória de interdições de direito, de medidas de segurança e no caso de suspensão condicional da pena. Portanto, seria impossível que o réu começasse a cumprir pena caso de sentença sem efeito suspensivo, tendo em vista que todos os casos não constituem cumprimento de pena privativa de liberdade, constituindo a liberdade plena (absolvição), cumprimento de interdições de direito que não privam de todo o direito de ir e vir, medidas de segurança que são cumpridos em manicômios judiciais e o *sursis* processual, que evita a continuidade do processo.

Já na possibilidade do acórdão, a discussão se tornava mais acirrada na doutrina e jurisprudência. A maior divergência doutrinária em relação ao tema trata dos efeitos do Recurso Especial e Recurso Extraordinário, bem como seus embargos e agravos. De acordo

com o art. 27, §2º, da Lei n.º 8.038/90, ambos os recursos somente serão recebidos no efeito devolutivo. Portanto, para uma parte da doutrina, não existiria óbice, então, do início do cumprimento da pena, tendo em vista que não existiria efeito suspensivo nesses casos.

O cumprimento provisório da pena, quando os recursos são de cunho extraordinário, visa evitar a interposição desenfreada de recursos protelatórios, obstando o trânsito em julgado da decisão. Apesar de possuir entendimento pacificado contra a execução, o STF entendeu que a interposição de recursos protelatórios não obsta o início do cumprimento de pena, conforme julgado no *Habeas Corpus* 121.320/SP, Relator Ministro Luis Fux, *verbis:*

> Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO (ART. 158, § 1º, DO CP). RECURSOS PROTELATÓRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A execução provisória da pena é possível quando a defesa interpõe recursos protelatórios para impedir o trânsito em julgado da condenação. Precedentes: HC 115.517, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.03.13; AP 470-EDj-segundos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 03.12.13; AP 470-EDj-décimos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 03.12.13. 2. In casu, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de extorsão (artigo 158, § 1º, do Código Penal), sendo assegurado-lhe o direito de recorrer em liberdade; b) denegada a apelação da defesa, sobreveio a interposição de recurso especial, inadmitido na origem; c) o Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao agravo, tendo a decisão sido confirmada pelo colegiado daquela Corte em sede de agravo regimental; d) após o julgamento dos segundos embargos declaratórios, o STJ determinou o imediato início do cumprimento da pena, independentemente da publicação do acórdão e da interposição de novo recurso"; e) determinou, ainda, a certificação do trânsito em julgado da decisão que negou seguimento ao agravo em recurso especial. 3. Ordem denegada, prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida liminar.
> (STF - HC: 121320 SP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 07-05-2014 PUBLIC 08-05-2014)

Portanto, caso o réu interponha agravos e embargos sucessivamente, somente com o objetivo de obstar o trânsito em julgado da decisão condenatória, objetivando o não cumprimento da pena, entendeu o STF que a execução provisória poderá ser aplicada, sem problemas ulteriores.

Conforme o art. 2º da resolução, caso seja absolvido o réu que esteja cumprindo pena de forma provisória, a guia de recolhimento será imediatamente cancelada e o réu posto em liberdade. Portanto, caso o réu esteja cumprindo uma pena a qual não deveria ter cumprido desde a gênese do processo, ficam claros os prejuízos ao ser humano, posto que este ficará preso por mais tempo do que a lei permite.

Apesar de já estar revogada pela Resolução nº 113/2010, a Resolução nº 19/2006 do CNJ ainda produz efeitos recentemente nos Tribunais de Justiça, em especial no de Minas Gerais, que continua aplicando-a nos casos de execução penal, conforme se vê na ementa a seguir:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 716 DO STF. RESOLUÇÃO Nº 19/2006 DO CNJ. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIO. I - A ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória não constitui óbice à expedição de guia de execução provisória da pena, restando autorizada até mesmo a progressão do regime de cumprimento da pena, consoante inteligência da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal. II - A teor do disposto na Resolução 19/2006 do CNJ, a expedição de guia de recolhimento provisório constitui direito do apenado, devendo ser expedida de imediato, por ocasião da prolação de sentença condenatória, ainda que recorrível.
> (TJ-MG - HC: 10000140127812000 MG , Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2014)

Portanto, a publicação da resolução acabou por gerar efeitos que ainda se veem nos dias de hoje, permitindo algo que vai totalmente contra a Lei e sem alguma motivação plausível.

3.3 Resolução nº 113/CNJ, de 20 de abril de 2010

Depois de reiteradas discussões sobre a constitucionalidade da resolução nº 19, o CNJ acabou por editar a Resolução n.º 113, de 20 de abril de 2010, revogando a Resolução nº 19. Continuou a permitir a aplicação da execução provisória de pena, mesmo após a pacificação de sua inconstitucionalidade por parte do STF, no julgamento do HC 84.078/MG de 2009. Assim dispõe os artigos da resolução:

> Art. 8° Tratando-se de réu preso por **sentença** condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.
> Art. 10. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia (BRASIL, 2010) (grifo nosso).

Nesta nova resolução, foi retirada a possibilidade de acórdão não transitado em julgado, sendo clara que a execução provisória somente poderá ser dada no caso de sentença com recurso sem efeito suspensivo. Ou seja, no nosso ordenamento jurídico, esta possibilidade torna-se sem efeito. Como já foi trazida a discussão reiteradas vezes, não existe sentença penal condenatória em pena privativa de liberdade própria que não possua efeito

suspensivo. Entretanto, não se sabe ao certo se a palavra "sentença" pode ser levada em uma interpretação extensiva às decisões de segundo grau, com nomenclatura de "acórdão".

Foi mantida a determinação de que, caso sobrevenha decisão absolutória do recurso interposto, será cancelada a guia de recolhimento provisório. Portanto, continua sofrendo dos mesmos efeitos e resultados que são gerados com a execução provisória, que serão expostos em momento oportuno.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória cria vários problemas em sistemas utilizados durante a execução penal, como o da progressão de regime prisional, detração de pena e a soma e unificação de penas.

4.1 Progressão de regime prisional

O primeiro problema criado aborda o sistema de progressão de regime prisional. Dispõe o art. 112 da Lei n.º 7.210/84, que a pena privativa de liberdade deverá ser executada de modo progressivo, com transferência de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, cumprindo pelo menos um sexto da pena em regime anterior e evidenciar bom comportamento carcerário, respeitadas normas diferenciadas.

Na redação original da Lei n.º 8.072/90, que dispõe regras sobre crimes hediondos e equiparados, era incabível a progressão de regime nos crimes ali descritos, posto que a pena deveria ser cumprida em regime fechado de forma integral. Já no caso de crime de tortura, definido na Lei nº 9.455/97, o regime inicial seria o fechado, sendo permitida a progressão.

Entretanto, com o advento da Lei n.º 11.464/07, que alterou o texto da lei de crimes hediondos e equiparados, não mais existe proibição de progressão de pena quanto a esses crimes. De acordo com a lei alteradora, é obrigatória a fixação de regime inicial fechado, e a progressão depende do cumprimento de pelo menos dois quintos da pena, se primário o condenado, ou pelo menos três quintos da pena, se o condenado for reincidente, nos termos da lei.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que é inconstitucional a norma contida no art. 2º, § 1º da Lei n.º 7.210/84, que fixa regime inicial fechado de forma obrigatória, por entender que a obrigatoriedade do regime inicial fechado

nesses casos ofende o princípio da individualização da pena. Neste sentido, foi julgado o HC n.º 111.840/ES, Relator Ministro Dias Toffoli:

> EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.
> (STF - HC: 111840 ES , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013). (grifo nosso)

Ante ao relatado, pelo princípio da individualização da pena, não se pode fixar obrigatoriedade de início de cumprimento de pena, somente pela mera hediondez caracterizada pelo crime cometido.

Justamente nesse ponto que existe um óbice para que a execução provisória de pena seja realizada. Para melhor visualização do caso, necessário se faz a utilização de um exemplo: réu que foi condenado a pena no regime semiaberto e começa a cumprir pena provisoriamente; o Ministério Público recorre da decisão, com o sentido de majorar a pena; em segunda instância a pena é majorada e o regime cabível na nova decisão somente é o fechado; o réu já cumpriu pena de forma provisória suficiente para progredir para o regime aberto, mas com a nova decisão condenatória ele deveria cumprir sua pena no regime fechado; com isso, existe um problema de forma circunstancial, pois haveria uma dúvida se o

réu progrediria para o regime aberto ou voltaria para o regime fechado e, com o tempo cumprido, progrediria para o regime semiaberto.

Continuando, o réu em regime semiaberto, o mesmo possuiria seu direito de cumprimento de prisão de forma progressiva maculado, pois cumpriria mais tempo do que deveria em um regime prisional, apesar de possuir os requisitos legais para a sua concessão. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, na Súmula 491, entendeu que não é possível a progressão de regime *per saltum*, então, o réu não poderia regredir para o fechado para cumprimento da pena transitada em julgado e, para evitar confusões jurídicas, progredi-lo para o regime aberto de forma direta.

Alavancando uma maior insegurança jurídica, apesar de sua jurisprudência dominante não aceitar a execução provisória de pena, o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas de n.º 716 e 717[1].

Se a execução da pena depende do trânsito em julgado da sentença condenatória, não seria possível progressão de regime de pena não cumprida. Na fase de inquérito policial ou do trâmite do processo, somente são cabíveis as espécies da prisão provisória, que servem para proteger o regular andamento da *persecutio criminis*, não sendo possível progressão nesse caso. Para ilustrar, imaginemos um réu que foi preso preventivamente com fundamento no requisito da conveniência da instrução criminal. Caso ele cumpra 1/6 da pena máxima *in abstracto* do crime cometido, poderia então progredir de regime? Mas como ele cumpre prisão preventiva para garantia da conveniência criminal, e não regime de pena privativa de liberdade, como poderia ser possível a progressão de pena que ainda não existe?

Essas perguntas são geradas pelo fato do STF, apesar de editar as súmulas supramencionadas, ter tentado pacificar o entendimento sobre a execução provisória de pena no HC nº 84.078/MG, Relator Ministro Eros Grau, afirmando que não cabia no direito pátrio o instituto executório antes de ocorrer o trânsito em julgado da sentença. Assim sendo, o único modo de interpretar as súmulas seria baseada na prisão provisória, que não admite progressão, por não se tratar de pena *ipsis litteris*, mas sim de instrumento processual necessário para a *persecutio criminis*. O entendimento mais plausível para resolver as questões abordadas é que, com o entendimento atual do STF, as Súmulas nº 716 e 717

[1] Súmula nº 716. 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. Súmula nº 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. (BRASIL, 2003)

perderam o efeito a qual tentaram produzir, não possuindo mais força normativa em relação à condenação penal.

4.2 Detração da pena

O segundo problema criado pela execução provisória é a sua não consonância com o direito de detração da pena. De acordo com o art. 42, do Código Penal, existe o instituto da detração quando é computada, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos em que o condenado seja recolhido por superveniência de doença mental.

Portanto, no caso da pena privativa de liberdade, para assegurar o réu que o tempo que este ficar preso preventivamente não seja em vão, o período total de sua prisão será computado como se de pena definitiva fosse. Por exemplo, um réu que foi condenado a pena privativa de liberdade de cinco anos e oito meses, ficou preso preventivamente por um ano e dois meses aguardando julgamento. Com o trânsito em julgado, será subtraída de sua pena o período de um ano e dois meses, devendo então este cumprir somente quatro anos e seis meses de pena privativa de liberdade.

Sendo assim, inexiste motivo para que seja executada provisoriamente a pena do condenado, tendo em vista que o tempo que ficar preso preventivamente sofrerá detração. Em discordância, Nunes (2014, p. 179-183) entende que, devido a morosidade do judiciário brasileiro, o tempo que o réu fica preso preventivamente aguardando julgamento de seu recurso ultrapassaria a pena máxima *in abstracto* do crime ora cometido, criando excesso de prazo de prisão, permitindo ao réu o direito de pleitear indenização prevista no art. 5º, LXXV da Constituição Federal. Aduz também que, apesar do magistrado poder expedir alvará de soltura pelo réu ter cumprido a totalidade da pena que poderia cumprir, este não o fazia pelo princípio da inércia judicial. Portanto, para ele, a execução provisória de pena seria a melhor saída para este caso, evitando as consequências jurídicas tratadas.

Apesar disso, não prospera o entendimento do douto doutrinador. Caso o réu, cumprindo provisoriamente a pena privativa de liberdade, venha a ser julgado inocente ou tenha sua pena minorada em segunda instância, este também estaria preso de forma provisória por mais tempo que o título executivo permite, causando danos ao condenado, ensejando também a indenização descrita no art. 5º, LXXV da Constituição Federal. Ademais, por se tratar de matéria de ordem pública, o magistrado competente pode expedir alvará de soltura

de ofício para o réu, para garantir direitos constitucionais e de ordem criminal àquele que está com sua liberdade tolhida. À vista disso, não justifica a execução provisória da pena neste caso, posto que a detração abarca todas as consequências jurídicas trazidas pelo douto doutrinador.

4.3 Soma e unificação das penas

A unificação de penas, no entendimento de Fabbrini e Mirabete (2014, p. 202), "é um incidente da execução, já que por ela se reduz a duração das penas aplicadas nas várias sentenças". Deste modo, necessário se faz que sejam unificadas as penas cometidas pelo réu, para que atinjam o máximo de cumprimento de pena permitido no Brasil, conforme o art. 75, § 1º do Código Penal.

Caso sejam praticados vários crimes pela mesma pessoa, a competência para o julgamento do processo será determinada pela conexão ou continência, trazendo uma unidade de processamento e julgamento das ações, conforme disposto no bojo dos arts. 76 a 82 do CPP. Caso sejam instaurados processos diferentes, o magistrado competente deverá avocar os processos que estão correndo perante outros magistrados, exceto os que já possuírem sentença definitiva. Neste último caso, a unidade dos processos só se dará posteriormente, para o efeito de soma ou unificação das penas.

Proferidas sentenças condenatórias contra o mesmo réu em casos de continência, e estas transitadas em julgado, sem que antes houvessem sido avocados os processos pelo magistrado competente, serão expedidas várias guias de recolhimento, sendo competente, a partir deste momento, o juiz da execução para decidir sobre a unificação das penas, conforme o art. 66, III, "a" da Lei n.º 7.210/84. Concretiza este instituto, então, o disposto no Código Penal sobre as penas dos crimes cometidas em concurso formal, crime continuado, erro na execução ou resultado diverso do pretendido.

Com a elaboração da conta de liquidação de todas as penas proferidas em que foi submetido o condenado, passa a existir um conjunto de penas que deverão ser utilizadas como um todo para determinar os efeitos da execução de pena, como o regime inicial de cumprimento e de sua progressão, remição, livramento condicional, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, limite das penas, reabilitação e término do cumprimento das penas impostas. No caso de extinção da punibilidade e prescrição, não se pode considerar a soma das penas, mas sim cada uma delas, de forma isolada.

No caso de penas unificadas, patente é a impossibilidade do réu cumprir a pena antes do trânsito em julgado. Como a unificação das penas irá resolver sobre o regime inicial e progressão de regime, não é plausível o réu começar a cumprir a pena de um dos crimes conexos com outro que ainda não transitou em julgado.

No caso de crimes julgados em conjunto, para melhor visualização, necessário se faz um exemplo: um réu foi denunciado pela prática de três crimes, sendo condenado pelos três, fixando o regime fechado pela soma das penas; recorre somente de duas condenações; o magistrado, adepto a ideia de que pode executar provisoriamente a pena daquele crime que não foi matéria de recurso pelo réu e que, vulgarmente falando, já havia transitado em julgado, expede mandado de prisão; ao ser recolhido, verificam que a pena do crime que este está recolhido tem regime inicial, no máximo, em semiaberto; por fim, caso seu recurso dos outros dois crimes não seja provido, este sofrerá dos mesmos efeitos explicados no capítulo de progressão de pena.

No caso de crimes que foram julgados ao mesmo tempo, verifica-se que sem a decisão do juízo da execução sobre a unificação da pena, não será concebível a expedição de guia de recolhimento do preso, que é o documento que demonstrará ao réu e ao sistema prisional como aquela pena deverá ser executada.

Já no caso de crimes que foram julgados por magistrados diferentes, e não foram avocados antes do trânsito em julgado, seguirá a regra do art. 82, do CPP, devendo ser utilizado de forma posterior somente na unificação. E, como já está transitada em julgado, nada obsta que inicie sua execução, em detrimento das outras que ainda estão passíveis de julgamento. Desta forma, entende o Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS REGRAS DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão. 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes. 3. Recurso ao qual se nega provimento. (STF - RHC: 118626 MS , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/11/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013)

Em análise a respeitável decisão da Ministra Carmen Lúcia, é axiomático que a unificação de penas definirá o regime inicial e, como supramencionado, caso um dos crimes

já estiver sendo cumprido por ter passado em julgado em julgamento diverso, ao serem unificadas as penas do novo julgamento, é possível até a regressão de regime, em face do novo quantum de pena.

Ante o exposto, é necessária a unificação das penas para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Contudo, existe a figura da execução provisória no âmbito cível, que funciona perfeitamente na sua área aplicada, sendo necessário seu estudo para comparativo da execução provisória no âmbito cível e no âmbito penal.

4.4 Comparação entre a execução provisória civil e a execução provisória penal

O Código de Processo Civil permite a execução provisória de seus julgados, desde que presentes requisitos expressos de seu art. 475-O. A execução provisória civil corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que fica obrigado, caso a sentença seja reformada em sede recursal, a reparar todo tipo de dano sofrido pelo executado.

Em casos que a execução possa causar grade dano de difícil reparação ao executado, ou de aplicação em bens infungíveis, o exequente deve apresentar caução suficiente e idônea nos autos, valor este arbitrado de ofício pelo juiz. A caução pode ser dispensada: no caso de créditos de natureza alimentar ou decorrentes de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o salário-mínimo, demonstrada a necessidade por parte do exequente da dispensa; e caso a execução dependa de agravo a ser julgado perante o STF ou o STJ, salvo quando cause grave dano de difícil ou incerta reparação.

Nota-se que a execução provisória no âmbito cível sempre visa proteger o executado de danos patrimoniais. Mas não pode ser utilizado como analogia para a execução provisória de pena privativa de liberdade, tendo em vista que o patrimônio é disponível e, caso este seja infungível, poderá ser este garantido com uma caução idônea e justa. No entanto, a execução penal, mais especificamente da pena privativa de liberdade, trata de tolher a liberdade do condenado, de retirá-lo da sociedade durante certo período de tempo, com fins de socializá-lo novamente para que este volte a ser integrado na sociedade.

O direito de ir e vir é infungível, diferente do direito patrimonial. E diferente do processo civil, que em caso de bens infungíveis é possível prestar caução idônea, no processo penal, não existe como dar caução do direito de liberdade de uma pessoa, pois ele é insubstituível, sendo no máximo indenizável. Não existe pecúnia que devolva o período da vida que o condenado foi privado, tendo em vista uma pretensão do Estado em cumprir a pena de forma antecipada.

Ante o exposto, explicado como funciona a execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as consequências de sua aplicação em detrimento a outras regras Constitucionais e infraconstitucionais, passemos a estudar o caso concreto aplicado no presente trabalho, a Ação Penal 470.

5 A APLICAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NA AÇÃO PENAL 470

A Ação Penal 470 foi movida pelo Ministério Público para que fosse levado a julgamento o caso do "Mensalão", nome dado ao escândalo de cunho político, ocorrido durante 2005 e 2006, em que havia compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Com a descoberta dos atos ilícitos praticados, a sequência de fatos causou grande impacto no plano político pátrio, bem como na população, que ansiava pela vontade de elucidar a verdade dos fatos e que fossem punidos os que tivessem afrontado a lei.

Em 11 de abril de 2006 foi proposta denúncia pelo Procurador Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, indicando quarenta pessoas envolvidas no caso, em crimes de peculato, formação de quadrilha, corrupção ativa, corrupção passiva, gestão fraudulenta, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

Após seu regular curso processual, em 17 de dezembro de 2012 foi proferido o acórdão de condenação dos réus pela prática dos crimes indicados.

Ato contínuo à condenação, desde já o Procurador Geral da República ajuizou pedido de expedição dos mandados de prisão dos condenados, pela Petição nº 66751/12, para que fosse dada a imediata execução do julgado, posto que, no seu entendimento, o caso não se aplicava ao tema julgado no HC 84.078/MG, pelos seguintes fatores: 1) tendo em vista que o impedimento criado pelo precedente se aplica somente a casos em que a causa ainda ser discutível, não importando em qual grau recursal se encontra; 2) no caso especifico do HC 84.078/MG ainda havia recurso passível de modificar o mérito do julgado, ao passo que a Ação Penal 470 não possuía, tendo em vista ser originária do STF, não possuindo instância revisora; 3) não seriam cabíveis embargos infringentes, tendo em vista a revogação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com o advento da Lei nº 8.038/90; 4) que o único recurso cabível para decisão era o de embargos de declaração, que não possui escopo de alterar a decisão, pois não possui efeito infringente ou modificativo típico, sendo que o modo que integra a decisão é excepcional e atípico.

Com os argumentos supramencionados, o Procurador Geral da República entendeu que o acórdão já possuía caráter definitivo, decorrendo na possibilidade do início do cumprimento de pena definitivo, pois as decisões tomadas em única instância pelo Supremo Tribunal Federal dispensam a necessidade do trânsito em julgado para serem consideradas definitivas.

Ao julgar o pedido, o Relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, no dia 20 de dezembro de 2012 entendeu de forma divergente ao pleiteado, proferindo decisão divulgada no DJe no dia 01/02/2013 e publicada no dia 04/02/2013. Para o Ministro Relator, aquela ocasião não permitia a execução imediata da pena privativa de liberdade, tendo em vista que a possibilidade de interposição de embargos infringentes seria analisada pela Corte e que a possibilidade de interposição de embargos de declaração poderia, mesmo que excepcionalmente, culminar em integração do julgado, decorrendo em modificação passível de alterações no cumprimento da pena dos condenados. Ademais, trouxe que, antes do trânsito em julgado, somente poderiam ser tomadas medidas cautelares, como a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, sendo que esta última já havia sido aplicada. Concluiu, então, que para início do cumprimento da pena imposta no acórdão condenatório, seria necessário o trânsito em julgado da decisão, indeferindo o pedido fundamentando no julgamento do HC 84.078.

Com a publicação da decisão no dia 22 de abril de 2013, os réus interpuseram recursos de embargos de declaração e embargos infringentes, que foram admitidos por maioria de votos.

Em caminho contrário à decisão anterior e poucos meses após ter proferido entendimento contra a execução provisória da pena, o Relator Ministro Joaquim Barbosa proferiu decisão, no dia 13 de novembro de 2013, determinando a expedição dos mandados de prisão em nome de todos os réus. Assim decidiu, *verbis:*

> Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE ABERTURA DE PRAZO PARA OITIVA PRÉVIA DA DEFESA SOBRE A EXECUÇÃO IMEDIATA DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO. INDEFERIMENTO. PEDIDO DE PRISÃO PROTOCOLADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA VÉSPERA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. PEDIDO NÃO ANALISADO NA QUESTÃO DE ORDEM APRESENTADA PELO RELATOR. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. REJEIÇÃO. DECISÃO DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO É ATO DE OFÍCIO. TRÂNSITO EM JULGADO DAS PENAS CONTRA AS QUAIS NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE RECONHECIDA. PROPOSTA A REJEIÇÃO, PELO PLENÁRIO, DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS SEM QUE HOUVESSE 4 VOTOS CONTRÁRIOS À CONDENAÇÃO, COM A

CONSEQUENTE DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO DAS PENAS. PROPOSTA REJEITADA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS A SER PROFERIDO PELO RELATOR, COM ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS FORMAIS DE SEU CABIMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PARCIALMENTE ACOLHIDA. DETERMINAÇÃO DO INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO, INDEPENDENTEMENTE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. DELEGAÇÃO DOS ATOS DA EXECUÇÃO PENAL AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS DO DISTRITO FEDERAL, COM AS LIMITAÇÕES DEFINIDAS NESTA QUESTÃO DE ORDEM. AUTORIZADA A EXPEDIÇÃO DOS MANDADOS DE PRISÃO. 1. A execução de decisão transitada em julgado é procedimento a ser tomado de ofício pelo órgão jurisdicional, nos termos do artigo 105 da Lei de Execuções Penais, sem necessidade de pedido das partes ou da sua audiência prévia. A formulação de pedido de prisão, pelo Ministério Público Federal, na véspera da sessão de julgamento cuja data havia sido veiculada com a devida antecedência, não conduz à necessidade de adiamento do julgamento já anteriormente designado, para oitiva prévia da defesa sobre o pleito ministerial que, ademais, não foi objeto do julgamento. Ausente qualquer violação à ampla defesa ou ao contraditório. 2. Sempre que a sentença decide pedidos autônomos, ela gera a formação de capítulos também autônomos, que são juridicamente cindíveis. O julgamento da demanda integrada por mais de uma pretensão exige um ato judicial múltiplo de procedência ou improcedência dos pedidos. Doutrina. 4. No direito processual penal, o julgamento múltiplo ocorre em razão da diversidade dos fatos típicos imputados e das regras próprias ao concurso material de crimes, em que se exige sentença de estrutura complexa, com condenações múltiplas. 5. É plena a autonomia dos capítulos, a independência da prova e a especificidade das penas impostas aos condenados para cada um dos crimes pelos quais estão sendo processados. 6. O trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo. A coisa julgada material é a qualidade conferida pela Constituição Federal e pela Lei à sentença/acórdão que põe fim a determinada lide, o que ocorre com o esgotamento de todas as possibilidades recursais quanto a uma determinada condenação e não quanto ao conjunto de condenações de um processo. No mesmo sentido, o artigo 467 do Código de Processo Civil; e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Este entendimento já se encontra de longa data sedimentado nesta Corte, nos termos das Súmulas 354 e 514 do Supremo Tribunal Federal. 7. A interposição de embargos infringentes com relação a um dos crimes praticados não relativiza nem aniquila a eficácia da coisa julgada material relativamente às condenações pelos demais crimes praticados em concurso de delitos, que formam capítulos autônomos do acórdão. Descabe transformar a parte irrecorrível da sentença em um simples texto judicial, retirando-lhe temporariamente a força executiva até que seja finalizado outro julgamento, que, inclusive, em nada lhe afetará. 8. Relativamente aos embargos infringentes opostos contra as condenações que não contaram com o mínimo de 04 votos absolutórios, estabelecido no parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada, por maioria, a proposta de negar seguimento, de imediato, a estes recursos, tendo o Plenário decidido que o juízo de admissibilidade deve ser realizado pelo Relator, observados os demais requisitos formais de cabimento dos recursos. 9. Quanto aos capítulos do acórdão transitados em julgado, contra os quais não foram opostos embargos infringentes, autorizou-se o início imediato da execução das penas, independentemente de publicação. 10. Por consequência, determinou-se que seja: a) certificado o trânsito em julgado do acórdão condenatório, relativamente às penas contra as quais não foram opostos embargos infringentes, independentemente de publicação deste acórdão; b) lançado o nome dos réus implicados no rol dos culpados; c) expedidos os mandados de prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade, no regime inicial legalmente correspondente ao quantum da pena transitada em julgado, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal; d) informado, via ofício, o TSE e o Congresso Nacional, para os fins do artigo 15, III da CF; e) extraída carta de sentença, na forma da Resolução 113/2010 do CNJ e o seu subsequente encaminhamento e distribuição ao Juízo de Execuções Penais do Distrito Federal, ao qual fica delegada a competência para a prática dos atos executórios (inclusive emissão da guia de

> recolhimento), excluindo-se da delegação a apreciação de eventuais pedidos de reconhecimento do direito ao indulto, à anistia, à graça, ao livramento condicional ou questões referentes à mudança de regime de cumprimento de pena, por qualquer motivo, os quais deverão ser dirigidos diretamente a esta Corte, assim como outros pedidos de natureza excepcional, em que o juízo entenda conveniente ou necessário o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. 11. Questão de ordem parcialmente acolhida.
> (STF - AP: 470 MG , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 13/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014)" (grifo nosso)

Ao analisar o teor do acórdão, é de se estranhar que, menos de onze meses antes, o entendimento do STF era divergente a este proferido. Com a decisão anterior, o pleno havia entendido incabível a possibilidade do início da execução penal antes do trânsito em julgado da decisão, mesmo que estivessem exauridos ambos os graus de jurisdição. Ademais, entendeu que, antes do trânsito em julgado, só haveria espaço para a prisão de natureza cautelar, com base no art. 312 do CPP.

No entanto, nesta nova decisão, ao admitir os embargos infringentes, o STF entendeu de forma diferente do anterior. Discorreram em seu teor que, no direito processual penal, apesar da existência de concurso material de crimes, cada ato criminoso é autônomo, com suas especificidades de pena.

Além disso, disseram que o trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo, levando em consideração a Súmula 354 da Corte, que traz que é definitiva a parte da decisão embargada por embargos infringentes parciais, em que não houve divergência na votação. Entenderam que a interposição de embargos infringentes sobre certos crimes não relativizaria e nem aniquilaria a eficácia da coisa julgada material, relativamente às condenações pelos demais crimes praticados em concursos de delitos, que compõem capítulos autônomos da condenação. Afirmaram não ser cabível a retirada do Poder Executivo do título judicial, só pelo fato de certas partes terem sido atacadas por recurso que nada a afetará.

Todavia, não prospera tal entendimento, com base na jurisprudência da própria Corte. O julgamento de vários crimes é realizado em conjunto, certamente por possuir liame entre os atos e os fatos. Com base nisso, não há como o título judicial ser executado em cada um de seus capítulos de forma autônoma, decorrendo nas consequências já demonstradas, como erro no regime inicial a ser iniciado o cumprimento da pena ou tempo para progressão de regime. Além disso, estaria indo contra o princípio da unificação das penas, razão pela qual todos os crimes são julgados em conjunto no mesmo processo. Se não há necessidade de execução do julgado em seu todo, que fosse ajuizada ação penal para cada um dos crimes cometidos pelos réus.

Portanto, não opera da forma como foi julgado, tendo em vista que o trânsito em julgado extingue a relação jurídica processual, ou seja, o processo. Não atua, entretanto, somente sobre a condenação, como operado pelos Ministros da Suprema Corte pátria.

Como já decidido pelo Ministro Relator anteriormente, antes do trânsito em julgado, apenas poderá ser determinada prisão cautelar, somente podendo iniciar o cumprimento da pena antes da sua certidão caso seja manifestamente comprovado que os recursos interpostos de forma protelatória.

O trânsito em julgado só pode ser certificado com a comprovação da inexistência de recursos cabíveis para impugnar a decisão. Como tentativa de certificar o trânsito, mesmo com recurso de embargos infringentes aguardando julgamento, o STF determinou que fossem certificados vários trânsitos em julgado, nos capítulos autônomos. A partilha do trânsito em julgado de uma decisão a torna sem segurança jurídica, pois permite com que o juízo da execução a cumpra da forma e a partir do ponto que entender melhor, ferindo o direito do condenado ao cumprimento de sua pena nos ditames legais. O réu que cumpre pena ilíquida não possuirá a certeza de como irá cumpri-la, bem como de seu fim.

Ante o exposto, operou-se a figura da execução provisória da pena privativa de liberdade no caso da Ação Penal 470. Caso fossem considerados protelatórios os recursos que estivessem obstando o trânsito em julgado total do acórdão, o entendimento era pacífico que poderia ser iniciado o cumprimento da pena em sua integralidade. Porém, a execução de partes autônomas da sentença deu um cunho de provisoriedade na execução, tendo em vista que seriam expedidas várias guias de recolhimento para cada crime, ou somente uma guia de execução provisória, nos termos da Resolução n.º 113/CNJ.

6 CONCLUSÃO

A maior preocupação percebida com o julgamento da Ação Penal 470 é a criação de precedentes e jurisprudência, pois com o entendimento da Corte Suprema do Judiciário brasileiro neste sentido, abrirá espaço para juízes monocráticos começarem a aplicar tal instituto. A insegurança jurídica criada afetará a toda população, pois a lacuna preenchida na tentativa de se fazer justiça pode ter sido feita erroneamente e sem perspectivas futuras.

A Ação Penal 470 foi uma sucessão de situações dificultosas na história do STF, tendo em vista a incessante tentativa dos réus em atrapalhar o regular andamento do processo, trazendo a tona vários artifícios processuais que há muito não eram vistos em um processo. A

vontade de dar fim ao processo, em face da indignação dos próprios ministros pela falta de celeridade e tentativa de alongar o processo, fez com que construíssem entendimento contrário à decisão pacífica que norteava sua jurisprudência. Não foram levados em conta, portanto, que os efeitos jurídico-processuais que o início da execução, antes de totalmente líquida a pena, geram consequências desagradáveis, tanto para o condenado, quanto para o direito processual penal e direito penitenciário.

Observa-se que o entendimento dos ministros foi uma tentativa ousada de por fim à delonga processual que se insurgia em todas as sessões plenárias de julgamento do Mensalão. A execução penal provisória, de acordo com os votos dos ministros, continua a não existir no sistema jurídico pátrio, sendo aplicado somente ao caso ora estudado. Mas, no caso da Ação Penal 470, foi necessário ser aplicada para que mostrasse à população pátria que o Judiciário é um órgão sério e que suas condenações são cumpridas, mesmo que em afronta dos seus próprios entendimentos e contra a lei que rege o Estado brasileiro.

Ademais, o STF acabou por aplicar instituto novo criado pelo CNJ, que simplesmente abusou de seu poder de recomendar providências e expedir atos regulamentares, criando uma figura nova de possibilidade de execução, não abarcada pela Constituição e pelas leis ordinárias que tratam de direito processual penal e direito penitenciário. O CNJ deve somente regulamentar relações jurídicas já existentes, bem como recomendar providências em lacunas legais que devem nortear os magistrados. Ainda assim, o CNJ insistiu em manter sua criação na Resolução n.º 113/2010, ao revogar a Resolução n.º 19/2006, que criou o instituto.

A execução de pena iniciada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória fere gravemente o Princípio da Presunção de Inocência, trazida como cláusula pétrea constitucional, garantindo a não tentativa por parte dos magistrados ou do Poder Judiciário em geral em ferir o direito de ir e vir de alguém antes da decisão final do caso concreto. Sua limitação pode ser dada em casos extremos, mas não por mera conveniência processual.

O direito fundamental de locomoção não pode ser caucionado e tratado como forma de escambo, posto se tratar de afronta à dignidade da pessoa humana. Se nosso sistema jurídico atual rege-se pelas regras definidas pela Constituição Federal de 1988, não é possível a admissão de institutos que firam direitos humanos somente para que se demonstre que a justiça existe, e que quem comete ilícitos penais será punido da forma mais rápida possível, mesmo que não preenchidos todos os requisitos legais.

Ante o exposto, chega-se a conclusão de que a execução provisória da pena privativa de liberdade não pode ser aplicado no sistema jurídico atual. Como melhor forma de evitar a

necessidade de sua aplicação, seria tolher os excessos em sede de prisão preventiva com um regular andamento do processo, nos prazos e ditames legais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. **Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales**. In:_____; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUES, Paloma et. al. **Teoría general de los derechos fundamentales em la Constitución española de 1978**.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 05, de 05 de abril de 1970.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp05.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 – Define crimes de responsabilidade e regular o respectivo processo de julgamento.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 – Dispõe sobre prisão temporária.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 – Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm >. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997 – Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo, Saraiva: 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 19, de 29 de agosto de 2006 – Dispõe sobre a execução penal provisória**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_19_29082006_02052014170048.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 113, de 20 de abril de 2010 – Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/12231:resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>. Acesso em: 28 set. 2014.

JUSBRASIL, Jurisprudência. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014; 20 set. 2014.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica: para o curso de Direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STF. **Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 ago. 2014; 17 ago. 2014; 31 ago. 2014; 07 set. 2014; 14 set. 2014; 20 set. 2014.

STF. **Pleno - STF encerra julgamento de segundos embargos de declaração na AP 470 (3/3)**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3T_r7gHdkUQ>. 1:32:37 – 1:33:36. Acesso em: 14 out. 2014.

STF. **Súmulas**. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumula>. Acesso em: 07 set. 2014.