

O trabalho que se apresenta busca realizar uma abordagem pontual acerca no recentíssimo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à Execução Provisória e sua viabilidade fática e jurídica nas variadas hipóteses de condenação, possuindo, pois, objetivo exploratório.

Para a consecução de tal mister, utilizar-se-á a modalidade de pesquisa básica, porquanto não se busca trazer soluções que possibilitem a imediata aplicação aos casos concretos, mas tão somente uma compreensão sobre os fenômenos estudados, guiando-se pelo método dedutivo, ou seja, buscando-se hipóteses para abordar o problema, culminando, em um segundo momento, em uma abordagem de pontos específicos, aplicando-a aos casos específicos pontuados.

É consabida a recentíssima orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à viabilidade de imediato processamento de Execução Provisória após condenação, ou decisão confirmatória de condenação, prolatada em segunda instância, ainda que pendente julgamento de recursos de natureza extraordinária ou especial.

Não se olvida, quanto ao tema, o recente julgado emanado do e. Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 126.292), por meio do qual se proclamou a viabilidade de Execução Provisória em condenações, confirmadas em segunda instância, à pena privativa de liberdade, ainda que em regime aberto, nas hipóteses em que pendentes de julgamento apenas recursos de natureza extraordinária, sob o argumento de que estes não teriam o condão de revolver matéria de fato e provas, atendo-se tão somente às questões de direito.

Com a devida vênia, entretanto, para além de tal entendimento - aplicado em um caso concreto e observadas suas especificidades -, aparentemente conformar-se com maior perfeição às hipóteses em que o Sentenciado se encontra recluso, atendendo, assim, ao também recente entendimento externado pela Suprema Corte segundo o qual o direito de recorrer em liberdade pode ser mitigado caso haja condenação em segunda instância, verifica-se a inviabilidade jurídica de sua extensão às condenações que culminaram em substituição da pena por restritiva de direito.

Nesse tocante, imperioso o registro de que a expedição de Carta de Guia Provisória, nos termos estabelecidos pela Resolução nº 113/2010 do CNJ, em seu artigo 8º, possui cabimento específico nas hipóteses de prisão do Sentenciado, relevando sua finalidade precípua de viabilizar ao Apenado o início do cumprimento da pena e conseqüente marco inicial de contagem de prazo para concessão de benefícios, circunstância que, à evidência, sobrepor-se-ia a eventual prejuízo decorrente de uma

possível absolvição em instâncias superiores, compensando-se tal risco. Confira-se a literalidade do dispositivo mencionado: “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.”

Nesse cenário específico, afigura-se plenamente justificável a expedição de Carta de Guia Provisória, mormente diante da sobreposição do benefício em face dos prejuízos eventuais decorrentes do início prematuro do cumprimento da pena.

Ao revés, sob ótica diversa, exsurge a inviabilidade de processamento da Execução Provisória à luz do art. 147 da Lei de Execuções Penais, a qual determina a expedição de Carta de Guia somente após o implemento do trânsito em julgado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relacionada à matéria, mantém-se consolidada quanto à impossibilidade de se principiar a Execução antes de ocorrido o evento que põe termo à Ação Penal, raciocínio que se fundamenta, sobretudo, no emblemático julgamento do HC nº 84.078. Na oportunidade, o Ministro Eros Grau assim se manifestou:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 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 [leiasse 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 [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação 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.

(HC 94408, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-03 PP-00571 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 493-501 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 572-582 REVJMG v. 60, n. 188, 2009, p. 337-342)

Registre-se, ainda no que se refere à possibilidade de início prematuro da reprimenda nas hipóteses de substituição por penas restritivas de direitos, o posicionamento adotado pelos Tribunais pátrios:

PENAL: SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

INADMISSIBILIDADE. ARTIGO 147 DA LEP.

I - A ré foi condenada ao cumprimento da pena de 02 anos, 01 mês e 27 dias de reclusão, em regime fechado, a qual foi substituída por duas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana), reconhecendo-lhe o direito de responder em liberdade, expedindo-se o competente alvará de soltura. A sentença não transitou em julgado.

II - O artigo 147 da LEP é expresso no sentido de vedar a execução provisória da pena restritiva de direitos que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

III - Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 000459950.2011.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 07/08/2012, e-DJF3 Judicial 1

DATA:16/08/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

CONDENAÇÃO A PENA DE 2 ANOS E 11 MESES DE

RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

PERMANÊNCIA DO PACIENTE EM REGIME FECHADO.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
ILEGALIDADE MANIFESTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.
IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. PRECEDENTES.
HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA
ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que o paciente, preso desde 26/07/2009, foi condenado, em sede de Apelação, à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, sem a devida fundamentação.

VI. A execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ofende o princípio da não culpabilidade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, quando presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP. VII. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STJ. VIII. Consoante a jurisprudência do STJ, "fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, a negativa do apelo em

liberdade constitui constrangimento ilegal, porquanto não pode a acusada aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória" (STJ, HC 131.150/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011). Em igual sentido: STJ, HC 216.429/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012.

IX. No caso, embora o paciente tenha permanecido preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, a manutenção da sua custódia cautelar, enquanto aguarda o julgamento do Agravo, interposto pelo Ministério Público contra a decisão que inadmitiu seu Recurso Especial, em regime mais gravoso do que fora condenado - quando, ao que tudo indica, possui lapso temporal suficiente à concessão de benefícios da execução, e, eventualmente, já cumpriu, em 26/06/2012, em regime fechado, a totalidade da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelo acórdão impugnado, caso desprovido o recurso do Ministério Público, considerando a data da prisão cautelar -, constitui flagrante constrangimento ilegal, passível de ser sanado, na via do habeas corpus. X. Habeas corpus não conhecido.

XI. Concessão da ordem, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, permitir que o paciente aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo deva permanecer preso.

(HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006 - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - ART. 147 DA LEI 7.210/84 - IMPOSSIBILIDADE - ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DO STF - ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO RÉU E DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA FIXADA NA SENTENÇA - MATÉRIA A SER ANALISADA EM SEDE DE APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I - É vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a teor do art. 147 da Lei 7.210/84. Precedentes do STJ e do STF. II - "Ao julgar o Habeas Corpus n. 84.078, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos decorrente de sentença penal condenatória, ressalvada a

decretação de prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal". (STF, HC 96029, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, unânime, julgado em 14/04/2009, DJe-089, de 15/5/2009, p. 582) III - Se o Juiz a quo entendeu, na sentença, que não era caso de manutenção da prisão cautelar do paciente, determinando a expedição de alvará de soltura em seu favor não poderia condicioná-lo à comprovação do prévio depósito da prestação pecuniária, em face do art. 147 da Lei 7.210/84 e da jurisprudência do colendo STF e do egrégio STJ, que só admitem execução provisória de pena restritiva de direitos após o trânsito em julgado da sentença condenatória. IV - No que toca à impossibilidade de o condenado arcar com o valor da pena de prestação pecuniária fixada na sentença, ante a sua alegada hipossuficiência, a questão deve ser analisada quando do julgamento do recurso de apelação do paciente - já interposto e concluso para julgamento -, oportunidade que permitirá exame mais amplo da matéria relativa à capacidade financeira do paciente e das questões concernentes à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, in casu. V - Ordem parcialmente concedida, para obstar a execução da pena restritiva de direitos imposta ao paciente, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

(HC 0013910-46.2011.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUETE MAGALHÃES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.139 de 16/09/2011)

Exsurge, dessa forma, evidenciada a afronta ao primado da presunção de não culpabilidade, porquanto, a prevalecer tal entendimento indiscriminadamente, estar-se-ia antecipando a aplicação da reprimenda ainda que diante da incerteza quanto à responsabilização do agente.

Quanto ao tema, a doutrina mais abalizada ensina que:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.

(...)

A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode darse, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas. Além disso, o princípio

da presunção de inocência atrai a aplicação de princípios correlatos e consequenciais. Se o indivíduo é naturalmente inocente, não lhe sendo atribuído qualquer ônus para a demonstração de sua culpa, logo, deduz-se, por questão lógica, que ninguém é obrigado a se autoacusar. Consagra-se o direito ao silêncio, em caráter absoluto. Confirma-se que, em caso de dúvida razoável, há de se conferir prevalência ao estado original do ser humano: inocência. (NUCCI, Guilherme de Souza, pp. 264/265, 2012)

Sob outra perspectiva, é possível vislumbrar-se, ainda, o sentimento de insegurança jurídica promovida pelo novo entendimento esposado a partir do paradigmático julgado, tendo em vista a eventualidade de casos em que o Sentenciado venha a ser absolvido, mas, por outro lado, já tenha principiado o cumprimento da pena ou mesmo a cumprido integralmente.

No que concerne ao conteúdo que comporta a definição de “segurança jurídica”, Gilmar Mendes ensina que, “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (MENDES, Gilmar Ferreira. 2008, p. 488).

Ainda acerca do tema, confira-se a seguinte preleção doutrinária, segundo a qual se relaciona o conteúdo conceitual de democracia com a definição de segurança jurídica:

O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los — o máximo possível — calculáveis. Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. E esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. O ideal de legalidade desempenha um papel decisivo: admite-se que os atos individuais do Estado podem ser justificados por sua conformidade com as normas gerais do Direito. A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica. A autocracia, por outro lado, despreza essa racionalização do poder. Evita, o mais que pode, qualquer determinação dos atos do Estado, especialmente a dos atos de um governante autocrático, por normas gerais preestabelecidas que possam implicar uma restrição de seu poder discricionário. Como supremo legislador, o autocrata não é visto como passível de submeter-se as leis que ele próprio pôs em

circulação: *princeps legibus solutus est*. No Estado ideal de Platão, que é o arquétipo de uma autocracia, não existe uma única norma geral da lei. Os “juízes reais” têm um ilimitado poder discricionário na decisão dos casos concretos. Isso, sem dúvida, só é possível pelo fato de o Estado de Platão ser uma comunidade muito pequena. Em um Estado de tamanho médio, o autocrata não tem condições de incumbir-se de todos os atos administrativos e judiciais necessários e para isso precisa designar órgãos subordinados. Para que suas intenções sejam levadas a efeito por esses órgãos, ele pode sujeitá-los através de leis que determinam suas atividades. Mas guarda consigo o direito absoluto de assegurar, em todos os casos, qualquer isenção das leis que julgar apropriada. Portanto, não pode haver segurança jurídica alguma em uma autocracia. Não obstante, qualquer manifestação do poder estatal pretende ser a manifestação da justiça. E essa justiça recusa-se a expressar-se em forma de princípios gerais; desafia, por sua própria natureza, qualquer definição. Revela-se apenas nas decisões individuais perfeitamente adaptadas às particularidades do caso concreto. O segredo da justiça está em sua posse exclusiva por parte do governante: e sua virtude pessoal, sua capacidade divina, nele implantada por graça divina; e a legitimação do seu poder ditatorial. Ao contrário de um regime democrático, portanto, um regime autocrático recusa-se a tornar públicos os seus objetivos através da promulgação de um programa. E, se pressionado a fazê-lo, o programa será ou uma série de frases vazias ou de promessas, voltadas para a satisfação de desejos os mais contraditórios. Em resposta à crítica, afirma-se que o programa não contém, e não pode conter, as realizações essenciais a serem colocadas em prática pelo regime. A pulsação da vida não pode ser apreendida nem controlada por regras gerais. Tudo depende da ação concreta, do mistério do *rairos* criativo. Uma vez que uma democracia tem por exigências a segurança jurídica, a legalidade e o caráter calculável das funções do Estado, criam-se instituições que tem por finalidade controlar essas funções, de modo que sua legitimidade seja assegurada. Em decorrência disso, prevalece o princípio de publicidade. A tendência a revelar os fatos e especificamente democrática, e essa tendência leva uma interpretação superficial e malévola dessa forma de governo ao juízo infundado de que a corrupção é mais frequente na democracia do que na autocracia, ao passo que — na verdade — a corrupção só permanece invisível nesta última, uma vez que nela prevalece o princípio contrário. Em um regime autocrático não há medidas de controle, que supostamente contribuem apenas para diminuir a eficiência do governo, nem tampouco publicidade; existe apenas o enorme empenho em ocultar tudo que possa ser prejudicial à autoridade do governo e minar a disciplina dos oficiais e a obediência dos cidadãos. (KELSEN, Hans, 2010, pp. 186-187)

De igual modo, merece registro o seguinte magistério:

O valor dado a segurança jurídica é uma das instituições mais importantes em uma nação. Se uma norma é vigente em determinado momento, existe no mundo jurídico, ela cria realidades: não se pode admitir que seus efeitos no mundo das pessoas, direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada sejam cancelados no futuro por norma oportunista, arbítrio de autoridade ou decisão discricionária de órgão público. Mesmo quando decisão judicial posterior julga a norma inconstitucional ou irregular por qualquer motivo, seus efeitos devem ser considerados enquanto esteve formalmente em vigor. De outra forma, como poderá a sociedade saber se determinada lei é ou não constitucional, se deve ou não ser cumprida? Mecanismos de aperfeiçoamento no processo de elaboração das leis podem e devem ser implantados. A fiscalização da constitucionalidade das leis deve ser efetivada sempre, especialmente na sua origem. O que não se pode é imaginar que cabe ao cidadão a incumbência de avaliar a constitucionalidade das normas antes de cumpri-las. Uma vez vigente a norma, seus efeitos devem ser assegurados. É desumano e contraproducente viver em um país onde até o passado é imprevisível. (GERMANOS, Paulo André Jorge. Segurança Jurídica, pp. 91-92, 2010)

A doutrina correlata tem se debruçado acerca do assunto, analisando-o sob a ótica dos primados de não-culpabilidade e dignidade da pessoa humana, do qual decorre como corolário o primeiro princípio mencionado. Nessa esteira, especificamente sobre a possibilidade de antecipação da Execução Penal, tem-se que:

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena que não esteja devidamente fundada em legítimas razões jurídicas e fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa do formalmente acusado. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado.

(...)

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há compatibilizar semelhante idéia com a execução penal antecipada. (MENDES, Gilmar Ferreira. 2008, p. 637)

Com efeito, o implemento da coisa julgada é tido como condição necessária à deflagração da Execução penal, requisito cuja ausência – especialmente no âmbito de sentenças condenatórias por meio das quais foi imposta pena restritiva de direitos –, impede o início do cumprimento da pena. A propósito, confira-se:

Nenhuma execução – do ponto de vista processual – pode ser iniciada sem a existência de um título executivo. No âmbito da execução da pena, este título executivo é a sentença penal condenatória transitada em julgado. Na execução da pena privativa de liberdade, por construção jurisprudencial, ela pode ser iniciada mesmo antes da coisa julgada, uma vez possível a sua execução provisória, nos casos em que é interposto recurso de apelação sem efeito suspensivo. Todavia, a Lei de Execução Penal só conhece a execução definitiva, é dizer, somente existindo uma sentença penal condenatória transitada em julgado ela poderia ser iniciada. Na execução da pena restritiva de direitos ou da multa, entretanto, somente com o trânsito em julgado do *decisum* condenatório, pode ser iniciada a sua execução. Assim, é pressuposto essencial para o início da execução, que haja o título executivo, no caso, uma sentença penal condenatória. (NUNES, Aldeido. Da execução penal, 2013, p. 53)

Também na seara constitucional e à luz dos princípios insertos no texto da Carta da República afigura-se necessária a menção ao devido processo legal, cuja previsão se percebe e irradia em todo o ordenamento jurídico pátrio. Nesse particular, imperioso esclarecer que o referido princípio, para além de prever a obediência a um rito previamente estabelecido pela legislação, impondo, assim, uma obrigação positiva, possui também um viés negativo, ou seja, impõe uma abstenção quanto a determinados atos se não satisfeitas determinadas condições.

Na hipótese vertente, essa previsão de “não agir” avulta imperativa exatamente por força das normas gerais anteriormente mencionadas. Assim, impõe-se uma proibição de deflagração da Execução Penal quando ainda incerta a responsabilidade do Acusado, o qual, até a superveniência do trânsito em julgado, deve ser reputado inocente.

Nessa esteira, a consecução do devido processo legal se perfaz por meio da observância do regular trâmite da Ação Penal originária, garantindo-se a realização do contraditório e da ampla defesa e a regular ocorrência da preclusão dos atos processuais com conseqüente advento da coisa julgada material, máxime diante da previsão de presunção de inocência que vige no processo penal, bem como em face de outros princípios de natureza processual penal correlatos.

A lição de Nestor Távora referente ao princípio em apreço estabelece que:

O art. 5º, inc. LIV da CF assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo legal é estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. (TAVORA, Nestor. Curso de direito processual penal, 2011, p. 66)

Ademais, resulta evidenciado o prejuízo para o Sentenciado decorrente da antecipação do cumprimento de pena se considerada a contagem referente ao prazo prescricional. Sob esse aspecto, é fácil observar que o princípio do cumprimento da pena, circunstância hábil a promover a interrupção do lustro prescricional, nos termos da legislação penal brasileira vigente (art. 117, V, do Código Penal), impediria o regular transcurso da prescrição, viabilizando, a título exemplificativo, casos de integral cumprimento da reprimenda sem que sequer tenha se iniciado a contagem do prazo prescricional.

Registre-se a percepção doutrinária acerca do assunto, sob a qual se aborda a prescrição por uma ótica mais aproximada de um direito assegurado ao Acusado, consoante se depreende do excerto a seguir transcrito:

Na busca da reconstrução da prescrição, constata-se inicialmente que a mesma deve estar sincronizada com o perfil do Estado Democrático de Direito, que tem no princípio da dignidade da pessoa humana o seu mais importante fundamento, como também deve estar em obediência com o método proposto que é o funcionalismo, residindo como seu maior ponto de sustentação a superação do método ontológico, próprio do causalismo e finalismo, para em substituição basear-se na construção normativista aberta a recepção das contribuições e reformulações de conceitos sociais.

Disso decorre o afastamento imediato das teorias que fundamentavam a prescrição a partir do esquecimento, da expiação etc., sucedâneas que eram do método naturalista. Portanto, afastada a base ontológica que a sustentava, reconhecido o conteúdo normativo em sua fundamentação, e

motivado no ideal democrático que rechaça a pena como instrumento de retribuição do mal perpetrado em razão da prática do crime, para em seu lugar eleger a imposição da pena nos estritos casos de necessidade preventiva, atendendo-se aos preceitos de política criminal, decorre que reconhecida a ineficácia da pena para atender o fim estipulado pela ordem democrática, a mesma não deve ser aplicada por se constituir em uma violação da dignidade da pessoa humana, idêntico raciocínio se deduz no que tange ao deslinde de um processo penal incapaz de atender este mesmo ditame, afirmando-se então na prescrição um instituto genuinamente garantista. (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição penal, 2000, p. 204-205)

Manzini, a seu turno, estabelece que:

(...) a prescrição penal, no seu duplo aspecto, outro não representa que o reconhecimento de “fato jurídico” dado a um fato natural, que é o decurso do tempo. O efeito para o qual se apaga ou se perde a memória daquilo que tenha ocorrido, ao longo do tempo, é um fenômeno assim evidente na vida individual e social, que não poderia não impor-se ao ordenamento jurídico penal. Na circunstância que esta normalidade natural foi mais ou menos percebida, pode alterar a essencial razão justificativa do instituto em exame. Isso posto, bem se compreende como a prescrição penal seja em cada caso um prescrição extintiva do poder do Estado quanto à repressão do fato concreto; e precisamente como já mencionado, uma renúncia legislativa, e preventiva por parte do Estado ao poder repressivo, condicionado ao decurso continuativo de um certo período de tempo. Penas por efeito de tal renúncia, e não pela simples decorrência do tempo, **o imputado ou condenado adquire o direito de não ser julgado ou de não submeter-se à pena.** (MANZINI, Vincenzo apud MOSSIN, Heráclito Antônio. Prescrição em matéria criminal, 2015, p. 39)

À luz da preleção referida, é fácil verificar a ausência de respaldo legal da orientação, de qualquer natureza, consistente na coarctação de um direito positivado no ordenamento jurídico, o que se evidencia no tocante ao impedimento de deflagração do prazo prescricional, consoante ocorrerá em caso de subsistir o novel entendimento esposado pela Suprema Corte.

Efetivamente, consoante sói se verificar atualmente, não serão raras as hipóteses em que o Jurisdicionado terá promovido o integral cumprimento de sua pena ao passo que o prazo prescricional sequer terá iniciado. Ainda, é possível prever-se situação mais gravosa, na qual o Sentenciado gozará de posterior reconhecimento de inocência, promovido pelas instâncias superiores, seja por adequação da matéria de direito, seja por

eventual retroatividade de lei mais benéfica ou outro instituto que lhe possa socorrer antes do advento do trânsito em julgado.

Argumenta-se também, como lastro à orientação doravante perfilhada pela jurisprudência pátria, que o artigo 283 do Código de Processo Penal já representaria exceção ao princípio de presunção de inocência, autorizando, para além da prisão de natureza cautelar, o início prematuro da Execução penal. Entrementes, respeitada orientação diversa, tal raciocínio não prospera diante da imperatividade do comando constitucional, bem como do caráter de exceção do dispositivo invocado.

A toda evidência, percebe-se que a literalidade contida no artigo 283 do Estatuto processual penal de nenhum modo representa afronta ao texto constitucional, porquanto se refere a situações excepcionais e transitórias, evidenciando-se sua cautelaridade em situações que possam acarretar risco à persecução penal, sempre justificadas por circunstâncias concretas que autorizem a segregação provisória do acusado.

Em casos tais, devida e amplamente justificados, mormente quando se os observa à luz da legislação processual penal pátria, cujas alterações mais recentes privilegiaram a liberdade do Acusado, impondo condições mais rigorosas para sua segregação cautelar, exsurge patente que não se trata de formalização de culpa, mas, em verdade, de assecuração de busca da verdade real, bem como de aplicação da lei penal, não se lançando juízo concreto de valor quanto ao deslinde da Ação Penal, ou Inquérito, conforme as circunstâncias.

Tampouco subsiste, diante da realidade fática, a referida argumentação, se formulada com o escopo de retirar dos Tribunais Superiores ônus demasiado de apreciação de demandas evidentemente inexitosas ou protelatórias, uma vez que o instituto da Repercussão Geral existente na Suprema Corte já se presta a tal finalidade, formalizando uma triagem dos Feitos submetidos àquele sodalício.

Ainda, verifica-se que se utilizou, para a prolação do julgado que aparentemente autorizou a Execução Provisória sem maiores restrições, a análise do direito comparado, o que de nenhum modo se amolda à realidade brasileira, tendo em vista suas especificidades, mormente quanto à sua estrutura de poderes.

Nesses moldes, devidamente estabelecida a separação de Poderes no Brasil, bem assim, existindo legislação específica e suficientemente clara quanto à necessidade de aguardo do trânsito em julgado da Ação Penal para início da Execução Penal, não há que se falar em “importação” de procedimento judicial em detrimento da lei vigente, mitigando-se até mesmo a aplicabilidade da norma constitucional.

Desse modo, consoante outrora asseverado, tem-se por desinfluyente, no caso em apreço, a estrutura adotada pelo direito comparado em face das especificidades do ordenamento jurídico brasileiro, máxime diante da já explicitada insegurança jurídica que pode ensejar o início antecipado do cumprimento da pena. Com efeito, não são raras as hipóteses nas quais ocorre alteração do conteúdo de um julgado quando a questão é submetida à apreciação das instâncias superiores, ainda que nestas últimas esteja obstado o revolvimento de matéria fática.

Configurado tal quadrante, evidencia-se que os Tribunais pátrios, ao conferirem interpretação diversa ou desconforme à lei estabelecida, seja na modalidade restritiva, seja na espécie extensiva, afastam a aplicação da norma em vigor, estabelecendo nova conformação à ordem jurídica vigente.

Nessa esteira e, em especial, na hipótese vertente, em que se verifica a existência de normatização constitucional e infraconstitucional que regulamentam em sua totalidade a matéria, descabida a apreciação do tema sob qualquer fundamento que refoge à literalidade da norma. Assim agindo, e, mais uma vez invocando o princípio da tripartição de poderes, tem-se que órgão judicial investe-se na condição de verdadeiro ator legislativo, podendo ser, ainda, ator de veto, quando afasta a aplicação da lei explícita acerca da matéria.

Inviável, pois, sufragar-se a inteligência constitucional concernente a direito basilar do indivíduo, consagrado no princípio da presunção de inocência, do qual decorrem como corolários outros primados, tais quais, princípio da humanidade, da prevalência do interesse do acusado, do devido processo legal. Quanto à primazia da Constituição Federal, ensina Nucci que:

Deve-se conceder à Constituição Federal, em seu amplo feixe de princípios, direitos e garantias humanas fundamentais, a prevalência sobre toda e qualquer disposição ordinária, fora do Texto Magno, para que se ergam as sólidas bases de um Estado Democrático de Direito, em especial, nas sendas pena e processual penal, cujos valores e institutos vinculam-se, estreitamente, à dignidade da pessoa humana. (NUCCI, Guilherme de Souza, p. 425, 2012)

Como se vê, a despeito do novel entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de cumprimento antecipado da pena, tomando-se por parâmetro a coisa julgada material, indubitável que se mantém íntegro o posicionamento

concernente à Execução de penas restritivas de direito somente após o implemento do trânsito em julgado definitivo, sob pena de tornar-se inócuo o comando constitucional correspondente à presunção de não-culpabilidade, bem como de se configurar evidente coarctação a direito basilar do Sentenciado, uma vez que o início prematuro da Execução, estando o Apenado solto e condenado a reprimenda de natureza diversa de privativa de liberdade, de nenhum modo lhe beneficia.

Referências Bibliográficas

KELSEN, Hans. 1881-1973. A democracia, ed. São Paulo: Martin s Fontes, 2000.

Segurança jurídica : coletânea de textos. Paulo Andre Jorge Germanos (coordenador). - Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado; tradução de Luís Carlos Borges. – 3. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição pena: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MOSSIM, Heráclito Antônio. Prescrição em matéria criminal. Leme: Mizuno, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Adeildo. Da Execução penal. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TÁVORA, Nestor. Direito processual penal. 6., ed., Salvador: JusPodium, 2011.

Links consultados:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>.
Acessado em 07/06/2016.