



**A QUE TÍTULO PRENDER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA
SENTENÇA PENAL: A RECONVERSÃO À INCONSTITUCIONALIDADE,
PELO STF, NO HC 126.292**

**IS THERE A REASON TO ENFORCE A CRIMINAL CONVICTION BEFORE
THE CLAIM PRECLUSION: DISCUSSING THE DECISION OF THE
BRAZILIAN SUPREME COURT HC 126.292**

Fauzi Hassan Choukr¹

RESUMO:

O presente texto se vale do julgamento do HC 126.292, pelo STF, para discutir as permanências conceituais e legislativas sobre a “execução provisória” de uma sanção penal não definitiva, em clara dissonância com as bases constitucionais e convencionais da matéria. Assumindo-se essa possibilidade, mantém-se toda uma histórica desestrutura operacional-legislativa que inviabiliza o fim correto da prestação jurisdicional no Estado de Direito, o da produção de uma sentença de mérito no prazo razoável. Vendido como um discurso efficientista, seu resultado prático é exatamente o inverso.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Execução da pena. Trânsito em julgado. Presunção de inocência.

ABSTRACT:

The present text uses the judgment of HC 126.292, by the STF, to discuss the conceptual and legislative continuities on the "provisional execution" of a non-definitive criminal sanction, in clear dissonance with the constitutional and conventional bases of the matter. Assuming this possibility, a historic legislative-operational disruption is maintained and the legal purpose of criminal procedure, which is serving a sentence within a reasonable time is not properly achieved. Sold as an efficient solution, the practical result is exactly the reverse.

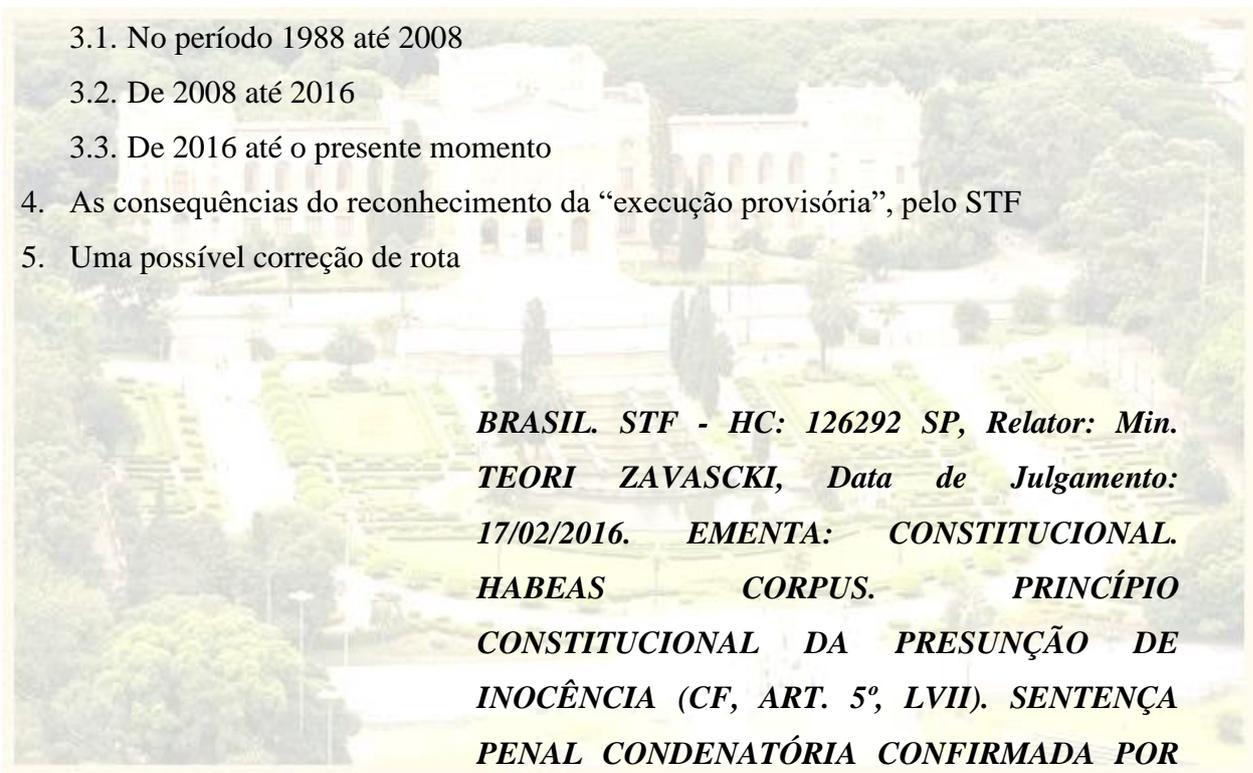
¹ Pós doutor pela Universidade de Coimbra (2013) . Doutor (1999) e Mestre (1994) em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford – New College (1996). Especializado em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla La Mancha – Espanha (2007). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.



KEY WORDS: Constitutional Law. Penalty executing. Res judicata. Presumption of innocence.

SUMÁRIO

1. Objeto do presente texto.
2. Os fundamentos da prisão antes da sentença condenatória definitiva
 - 2.1. A execução provisória da pena: a compreensão anterior à CR de 1988
 - 2.2. A prisão com fundamento estritamente cautelar: A compreensão após a CR de 1988
3. As manifestações do STF e suas “fases”;
 - 3.1. No período 1988 até 2008
 - 3.2. De 2008 até 2016
 - 3.3. De 2016 até o presente momento
4. As consequências do reconhecimento da “execução provisória”, pelo STF
5. Uma possível correção de rota



BRASIL. STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016. EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.



1. OBJETO DO PRESENTE TEXTO

O presente artigo vale-se do julgamento do HC 126.296, pelo STF, para discutir o fundamento constitucional da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tema perene na prática do processo penal e cuja análise é historicamente marcada por distorções, desde o afastamento literal do texto constitucional com argumentos, no mínimo, equivocados de teoria constitucional² ou de direito comparado³, até o emprego do difuso discurso da eficiência a amparar que essa prisão seja compreendida como *pena de direito material* e, assim, possa ser “executada provisoriamente”.

Entendida dessa maneira, afasta-se sua exata definição legal, a de ser essa prisão somente possível a título *cautelar* impondo-se, desta forma, a necessária eficiência estatal em prover o julgamento definitivo de mérito dentro do prazo razoável preservando-se todos os institutos jurídicos construídos no marco do Estado de Direito.

2. OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFINITIVA

² A ver, por exemplo, o emprego da “mutação constitucional” no HC 152.752 (BRASIL. STF, HC 152.752, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 04.04.2018, publicado em DJe-65, DIVULG 05.04.2018 PUBLIC 09.04.2018) ao arripio de consolidada doutrina em sentido diametralmente oposto àquele empregado, em especial no voto do Min. Barroso. Assim, em frontal oposição, as considerações de FERREIRA, Gabriela Vidotti. HERMENÊUTICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: diferenças entre mutação constitucional (Verfassungswandlung) e alteração formal da Constituição (Verfassungsänderung)–posicionamento do debate acerca do art. 52, X da CF/98. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, 2012; LEMOS, Tayara Talita et al. Mutações constitucionais e democracia: uma (des) construção hermenêutica do problema da intervenção do Senado em sede de controle difuso de constitucionalidade. SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, v. 9, 2011; NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat”. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; PEDRON, Flávio Quinaud. Mutações constitucionais na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012 e STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1.498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>.

³ A ver nosso texto em CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 3, p. 1119-1142, 2018.



Como o presente texto está ancorado no acórdão mencionado no título e este aresto se ocupa da mal denominada “prisão em segunda instância”, as considerações que se seguirão estão direcionadas para o tema da “prisão”.

Mas, rigorosamente falando, o que se trata é da justificativa legal para qualquer invasão do Estado na liberdade individual antes da condenação definitiva, seja esta invasão na liberdade de locomoção ou em qualquer outra esfera (limitações espaciais como v.g., a impossibilidade de circular por determinados locais em certos horários, de contato com terceiros ou exercício de atividades profissionais).

2.1. A execução provisória da pena: a compreensão anterior à CR de 1988

A fundamentação da prisão ao longo da persecução penal orientou-se, por muito tempo, no processo penal brasileiro, pela ausência de um marco constitucional claro e pela carência de impactos, no ordenamento interno, de qualquer compromisso internacional assumido pelo Brasil no arco temporal que vai de 1942 (entrada em vigor do CPP) até 1988 (entrada em vigor da Constituição atual).

Nesse largo período, a cultura inquisitiva e o silêncio constitucional impuseram uma compreensão do processo marcado pela defesa social⁴ e pela aplicação quase automática (senão explicitamente com esse perfil) dos mecanismos que tratavam a invasão da liberdade ao longo da marcha processual (prisões processuais *ex lege*).

Em determinadas situações, a própria sentença absolutória, quando recorrida pelo acusador, implicava na manutenção da pessoa absolvida no cárcere se assim tivesse acompanhado o processo. E, no ápice da exceção processual, até mesmo era imposta à pessoa acusada o dever de provar sua inocência⁵.

Sem qualquer limite constitucional ou convencional, o ordenamento infraconstitucional e a doutrina que o alimentava, lidavam com uma série de denominadas “prisões processuais”, a saber: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão por pronúncia e a prisão por sentença condenatória recorrível. Desapegadas de

⁴ A ver, em um contexto mais amplo do papel de Francisco Campos, que “Conectada às suas observações da sociedade brasileira, Campos estabelece desde então uma crítica ao individualismo...” e “Campos constrói o argumento da necessidade de um Estado antiliberal tendo como premissa básica o anacronismo das instituições da democracia liberal diante de uma sociedade de massas”. DULTRA DOS SANTOS, Rogerio. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. Dados-Revista de Ciências Sociais, v. 50, n. 2, 2007.

⁵ Nos termos do Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937, que modificou a Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, particularmente art.20, n. 5. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>



uma verdadeira teoria cautelar de fundo constitucional-convencional, essas modalidades eram compreendidas como “instrumentais” sob o amparo protagonista do art. 312 do CPP.

Contudo, essa instrumentalidade desaparecia quando se tratava da ocorrência da prisão determinada – ou confirmada - em Segunda Instância e ainda sujeita a apreciação de recurso constitucional.

Nesses casos essa prisão era tratada abertamente como uma pena em cumprimento, com expedição de “mandado de prisão”. Some-se nesse cenário que a própria execução penal era tratada com imensa precariedade legislativa, como aponta BRITO⁶, com suas regras contidas no interior do CPP.

Isso se devia à interpretação dada por parte da doutrina, particularmente por Eduardo Espínola que, distinguia a “sentença transitada em julgado” da “coisa julgada”, destacando que esta última ocorreria quando dela não pudesse ser interposto mais qualquer recurso, enquanto a primeira se caracterizaria por ser impugnável mediante recurso que não contivesse mais efeito suspensivo, apenas aquele devolutivo como era (e ainda é) o caso dos chamados “recursos constitucionais”.⁷

Espínola escrevia amparado na Lei nº 3.396, de 2 de junho de 1958 que regulava a tramitação do recurso extraordinário e, sobretudo, pelo artigo 808 do Código de Processo Civil de 1939⁸ modificado pelo Decreto-L4565 de 1942⁹ (que nesse ponto, a bem da verdade, mantinha a redação original)¹⁰ e toda sua base argumentativa estava lastreada no tratamento processual civil para a matéria. Sem que assumisse explicitamente, empregava uma das concepções da “teoria geral do processo”, construção que se solidificaria, no Brasil, muito mais tarde mas, que, desde sempre, subordinava (e ainda o faz para uma parcela significativa de seus simpatizantes) o processo penal ao civil.

⁶ DE BRITO, Alexis Couto. Execução penal. Editora Saraiva, 2018 para a trajetória da normatização da execução penal no Brasil que, rigorosamente falando, se constitui organicamente apenas com a Lei 7210, de 1984.

⁷ Tal como citado em STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209

⁸ Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁹ Art. 808. São admissíveis os seguintes recursos: VI, recurso extraordinário. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). Parágrafo 1º O recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença.

¹⁰ Assim o era também no revogado artigo 808: “São admissíveis os seguintes recursos: ... VI – recurso extraordinário. Parágrafo único. O recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença, que correrá nos autos suplementares.



Desta forma, a legislação que usava era, em parte, do Estado Novo e, em parte, produzida pela égide da Constituição de 1946, ambas sem qualquer ponto de comparação com a de 1988 no tema do trânsito em julgado e, por óbvio, sem qualquer obediência a compromissos internacionais firmados pelo Brasil exigíveis na matéria.

Fruto de seu tempo, essa interpretação e a base legal que a sustentava foram mecanicamente assumidas pela doutrina e pela jurisprudência pátrias desde o primeiro momento da entrada em vigor da CR de 1988 e não foram afetadas pela CADH no cenário jurídico pátrio.

Nesse caminho, o STF soube, desde o verdadeiro caso paradigmático sobre o assunto pós 1988, que é o HC 68726¹¹, citar não apenas Espínola como fazê-lo em *apud* de um autor então contemporâneo de renome, Damásio de Jesus que no seu incipiente “Comentários ao CPP” endossava a permanência das lições anteriores¹².

E, assim, deu-se passo decisivo para a perpetuação de toda estrutura normativa e cultural anterior à atual Constituição em detrimento da própria base constitucional-convencional já em vigor.

As consequências práticas são impactantes: ao manter a compreensão de ser essa prisão possível a comportar *execução provisória*, portanto tratada como *pena de direito material*, consequentemente deixou-se de entender que o resultado de mérito ainda não havia sido alcançado e, desta forma, a prestação jurisdicional já estaria esgotada, não incidindo mais a necessária “duração razoável do processo”, locução ainda incompreendida na prática dos Tribunais.

Ademais, tratando aquela prisão como *pena material executável* a desestrutura material dos Tribunais Superiores, causa prática da longa duração da tramitação de recursos que lhe são próprios, nunca foi diretamente atacada e assim se mantém até hoje, quando o volume recursal somadas às ações constitucionais originárias lhes são insuportavelmente administráveis.

Como resultado colateral, essa forma de entendimento conseguiu conter, ainda que em padrões elevados, os dados estatísticos da população de presos cautelares que, a tomar-se pela sua correta natureza jurídica, seriam ainda mais expressivos, posto

¹¹ STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209

¹² O livro de JESUS, Damásio de. “Comentários ao Código de Processo Penal”, 3ª. Ed., é a fonte *per saltum* da obra clássica de Espínola citada no acórdão acima mencionado (disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>)



que essas “execuções provisórias” tratam, efetivamente de presos sem condenação definitiva e, portanto, cautelares.

E, de forma midiática, a perenização dessa construção cujas bases se deitam no Estado Novo como já visto, ajuda a dar uma aparente ideia de “eficiência” da justiça criminal contra um modelo recursal supostamente acessível para poucos. Mas que, seguramente, é irracional e arcaico e a acomodação desse entendimento pós 1988 (e pós 1992, com a CADH) desestimulou a empreitada de racionalização recursal desde suas bases constitucionais até o CPP.

2.2. A prisão com fundamento estritamente cautelar: A compreensão após a CR de 1988

A Constituição da República de 1988 fez inserir, pela primeira vez de modo explícito na História das Constituições brasileiras, a menção ao trânsito em julgado como marco distintivo entre a punição de direito material e as invasões à liberdade individual no curso do processo.¹³

Como se verá, o texto da CR uniu o trânsito em julgado a uma “presunção de não culpabilidade” ao invés da presunção de inocência. Mas é dela que se trata por força dos textos supranacionais sobre a matéria vinculantes ao ordenamento brasileiro¹⁴. Desta forma, apenas após o trânsito em julgado uma pena pode ser tratada como uma pena de direito material e, desta forma, ser submetida a um regime de execução.

É correto afirmar que no Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 havia, no então Artigo 43 § 7º, a previsão de presunção de inocência: “Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”¹⁵ sem, contudo, vinculá-la ao trânsito em julgado.

¹³ Toma-se aqui como baliza de distinção temporal o trânsito em julgado, mais que a própria discussão sobre “presunção de inocência”. Isto porque a existência dessa presunção já poderia ocorrer mesmo antes de 1988 como se dava no marco do art. 153, §36 da EC 01/69 e assim foi discutido ao menos uma vez pelos Tribunais Superiores. Com efeito, no julgamento do RE 86.297, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ, 79, n. 2, p. 671 (705) o voto vencido do Min. Leitão de Abreu se manifestou por esse entendimento, ao final rechaçado pela Corte.

¹⁴ CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: breves linhas sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 dez. 2014

¹⁵ BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Para um comparativo do tratamento do tema ao longo dos trabalhos constituintes ver Brasil. Assembléia Nacional Constituinte (1987). O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos / trabalho elaborado por BRUSCO, Dilsson Emílio; RIBEIRO, Ernani Valter. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993.



Mas, é necessário destacar sua alteração ao longo dos trabalhos constituintes até alcançar a redação final que desde então possui. Por iniciativa do Parlamentar José Ignácio Ferreira (PMDB/ES), em 12-08-1987, houve a aposição de emenda com o seguinte teor: “Texto - Emenda Modificativa. Dê-se nova redação à alínea “g” do inciso XV do art. 12: “Art. 12 - XV - g) Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”.

Assim, é possível concluir que o texto aprovado em 1988¹⁶ seguiu, neste ponto em particular, a tradição constitucional fincada por Francisco Campos e a opção por “não será considerado culpado” àquela “presumido inocente” foi uma manifestação de continuísmo ao invés de ruptura.

Contudo, a inserção brasileira no cenário internacional protetivo dos direitos humanos e, em particular no que toca à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º) aponta para a redação clara do “presumir-se inocente”¹⁷. Assim, em seu Artigo 8º - Garantias judiciais que ... 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, *enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*. ... Da mesma maneira, a Convenção Europeia de Direitos do Homem preconiza em seu Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) que ... 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se *inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*.¹⁸

A divisão entre “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”, constitui muito mais que um mero debate acadêmico, sendo certo que entre esta última e aquela primeira existe um espaço maior de intromissão na liberdade individual *ao longo* do processo, dado que “a tutela do interesse social de repressão à delinquência deveria preponderar sobre o interesse individual de liberdade.”¹⁹

A pergunta que se coloca é se é possível, *antes do trânsito em julgado*, haver a *prisão* da pessoa submetida à persecução e a resposta é francamente positiva:

¹⁶ Aliás, é bastante oportuno mencionar que a redação do inciso em questão (art; 5º., LVII) não constava dos trabalhos da chamada “comissão Afonso Arinos”, tendo sido incluída por iniciativa do

¹⁷ Mas não apenas ela. A ver os seguintes textos: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, § 2º) possuem idêntica redação.

¹⁸ A respeito ver VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória—causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **JOTA, Brasília**, v. 20, 2016.

¹⁹ MIRZA, F.. Processo Justo: O ônus da Prova à Luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do in dubio pro reo. In: Cleber Francisco Alves; Sergio de Souza Salles. (Org.). *Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79-96.



essa prisão somente pode ocorrer a título *cautelar*²⁰ e os impactos dessa compreensão na prática jurídica são imensos, e ainda não assimiláveis após trinta anos de vigência da CR.

Com efeito se, em 05 de outubro de 1988, tivesse havido a correta assimilação da ordem constitucional -e o conseqüente repúdio aos continuísmos como já abordados – todos os presos sem condenação definitiva, qualquer que fosse o grau recursal em que estivessem seus respectivos processos, haveriam de ser considerados como *presos cautelares*, impondo-se-lhes um julgamento mais célere em relação aos demais para que a duração da prisão não fosse, em si, desproporcional em relação à pena material.

Tratados como *cautelares*, essas prisões não estariam sujeitas à LEP e exigiriam o devido aparelhamento do Judiciário para que o julgamento ocorresse em tempo razoável além, por certo, do papel ativo do responsável pela acusação para que o julgamento de mérito se desse dentro do marco temporal correto posto que é dever do acusador zelar igualmente pela celeridade processual até mesmo em respeito aos direitos das vítimas.

Contudo, assim não se deu e não se dá. E os presos sem condenação definitiva, ao invés de terem suas prisões consideradas como cautelares são tratados num regime de execução penal pelo qual se pleiteiam “benefícios” específicos daquela disciplina jurídica. Não por outra razão, a postulação de tratamento pela LEP partiu de instigações defensivas.

Isto porque as distorções se avolumavam (e ainda assim o é) para criar casos nos quais presos sem condenação definitiva aguardavam largo tempo o julgamento do recurso interposto e lhes eram negados benefícios somente previstos para condenados definitivos. Por esse motivo, viam-se em situação amplamente desfavorável por não poderem usufruir, por exemplo, da progressão de regime.

Atenta a esta situação, prestigiosa doutrina ainda no início dos anos 1990 apontava o cenário caótico²¹ e pontuava que a solução encontrada na época era a de afastar explicitamente a cautelaridade²² justificando desta forma a criação de uma

²⁰ A ver a mais significativa obra organicamente construída sobre o tema naquele momento, a tese de doutorado de GOMES Fº .Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, Saraiva, SP, 1.991.

²¹ SUANNES, Aduino Alonso Silvinho. Podemos falar em execução penal antecipada (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 167-173., jul./set. 1994

²² SUANNES, op cit, neste ponto específico mencionando as falas de Afrânio Silva Jardim e Sérgio Médice (obras citadas no texto) que afastavam a natureza cautelar desse encarceramento. Além desses autores ver, no mesmo sentido, CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.



execução inexistente a partir da expedição de um documento igualmente não previsto em lei: a GRP – guia de recolhimento provisória²³, com a qual uma pessoa presa - que rigorosamente só poderia ser assim considerada com fundamento cautelar - fosse admitida como uma pessoa sentenciada para fins de obtenção de “benefícios processuais” específicos da execução da pena.²⁴

E todo esse cenário foi, ao longo dos anos, balizado pelo STF como adiante se verá.

3. AS MANIFESTAÇÕES DO STF E SUAS “FASES”²⁵

Atualmente é possível identificar claramente três grandes fases de tratamento da matéria pelo STF levando-se em conta, como ponto de viragem substancial, o HC 84.078. Em torno dele giram, sob os fundamentos expostos ao longo do texto, as permanências pré-constitucionais sobre o tema.

3.1. No período 1988 até 2008

Nesse período o STF tem como precedente maior o já mencionado HC 68276²⁶ cujas bases já foram apresentadas. Tratou-se, efetivamente, da clara manutenção dos cânones do Estado Novo e da legislação produzida nos anos 1950 para reafirmar a natureza de execução provisória àquelas prisões na pendência de recurso constitucional, atribuindo-lhes a possibilidade de serem executadas como sanções de direito material.

²³ Neste ponto o CNJ não apenas endossou esse procedimento à margem do marco constitucional e da legalidade que dele decorre como o regulamentou por meio de Resolução gerando, inclusive, o pertinente questionamento sobre a extensão desse instrumento para legislar no campo penal. Para uma aguda crítica desse aspecto ver SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 42-54., ago./set. 2007.

²⁴ Entendimento que acabou sendo sumulado (sem efeito vinculante) pelo próprio STF: Súmulas 716 e 717 como reflexo das posições doutrinárias mencionadas, dentre elas a de KUEHNE ao citar uma vez mais Afrânio Silva Jardim e Sérgio Médici. In verbis: “Pela sua integral pertinência, remetemos ao estudo de Afrânio Silva Jardim: A prisão, em decorrência de sentença condenatória recorrível”, in *Direito Processual Penal*, Editora Forense, 4ª edição, pág 389/409, onde, na parte que nos interessa, é apresenta" da a seguinte conclusão: "O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu". Oportunas, por igual, as colocações de Sérgio de Oliveira Médici”. KUEHNE, Maurício. *Revisão do decênio da reforma penal: 1985-1995: considerações sobre a execução provisória da sentença penal*. Faculdade de Direito de Curitiba, 1995. A afirmação deste autor é particularmente significativa do ponto de vista político pois viria a ocupar, anos depois da publicação desse artigo, a Direção do DEPEN junto ao Ministério da Justiça.

²⁵ Retoma-se aqui parte do texto publicado em CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1119-1142, 2018.

²⁶ STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209



Nesse ponto merece ênfase a disciplina dos recursos constitucionais, sem previsão de efeito suspensivo, erigida essa disciplina aos olhos estritos do processo civil, em cujo Código se encontrava, substancialmente, o tratamento da matéria. Esse argumento é, ainda, nuclear nas opiniões jurídicas que sustentam um regime de “execução provisória”.

E, ao lado disso, a dicotomia entre objetos recursais: os que revolvem a prova e os que são destinados à análise da legalidade das decisões. Se possível isso no âmbito não-penal, no campo do direito material penal é uma distinção meramente falaciosa posto que, por exemplo, qualquer análise de dosimetria da pena (cuja revisão existe à saciedade no STJ, por exemplo) exige uma reavaliação fática nos termos do art. 59 do CP. Ou, ainda, a conclusão de ser um crime de tráfico considerado como privilegiado ou não (tema constantemente presente também no STJ).

3.2. De 2008 até 2016

Esse modo de compreensão manteve-se quase inabalável por vinte anos, sendo superado, com agudo dissenso, apenas em 2008²⁷ por ocasião do julgamento, no STF, do HC 84.078/MG²⁸.

Nas palavras de seu Relator, o então Min. Eros Grau, “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar” e em cujo voto destaca-se a base doutrinária de direito interno²⁹ sem menções a qualquer compromisso internacional assumido pelo Brasil que diga respeito ao tema.

Assim, dava-se a devida roupagem jurídica à prisão antes do trânsito em julgado e com ela se exigia a demonstração dos *fundamentos cautelares* para a manutenção da pessoa no cárcere. Ademais, exigia-se que o julgamento de mérito, definitivo, acontecesse de modo a não transformar a prisão cautelar em pena antecipada, o que viria a desnaturalizá-la.

²⁷ Foram vencidos no julgamento os Mins. Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 84078. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-035 Divulgação em 25-02-2010. Publicação em 26-02-2010.

²⁹ Posição que viria a ser reforçada em texto doutrinário posterior: GRAU, Eros Roberto. Execução antecipada da pena. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.



O choque prático dessa conclusão não foi menor que vinte anos antes, dado que nesse período praticamente nada foi feito para adequar as estruturas normativas-operacionais ao primado constitucional.

Era, como continua sendo, mais fácil criar-se uma execução precária que dotar o sistema penal dos meios³⁰ para o julgamento de mérito no prazo razoável. E, de resto, todas os argumentos extraprocessuais, como eficiência da justiça continuam na ordem do dia, alimentados ainda mais por megaprocessos contra a odiosa prática da corrupção.

Por isso, o retorno ao entendimento anterior era apenas questão de tempo. E ele chegou rápido.

3.3. De 2016 até o presente momento

O caso que culminou com o acórdão que orienta este texto é banal. E os caminhos até o julgamento do HC em tela são, no mínimo, bizarros.

Com efeito³¹, trata-se de acusação penal pela prática de crime de roubo qualificado imputada a dois acusados quem, inicialmente presos, tiveram a liberdade provisória concedida e aguardaram o julgamento de mérito em liberdade.

Um deles foi condenado à pena padrão de cinco anos e quatro meses; o outro a uma reprimenda maior, de 06 anos e 08 meses. O sentenciado à pena padrão, por ser primário, pode apelar em liberdade; o outro teve sua prisão cautelar determinada e ambos recorreram. O Ministério Público *não recorreu*, pelo que o máximo da pena para ambos já estava determinada.

O TJSP julgou a apelação pouco mais de um ano após o encaminhamento dos autos àquela Corte quando, na apreciação da apelação, as condenações foram mantidas e mesmo o réu primário teve sua prisão decretada. É inegável que esse sentenciado teve sua situação processual piorada com o recurso por ele manejado.

E, como não havia qualquer alteração fática que lhe fosse desfavorável a ponto de justificar, ali, sua prisão cautelar, essa determinação configurou-se ilegal. Ademais, pelo tempo decorrido do recurso estaria em vias de obter progressão de regime caso se desejasse entender a aplicação da LEP numa interpretação *in bonam partem*.

³⁰ E por “meios” entenda-se não apenas o aparelhamento material dos Tribunais Superiores como a necessária reconfiguração legislativa para racionalizar o sistema recursal, como adiante se ponderará.

³¹ Com apoio na descrição feita por STRECK, Lênio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>, acessado em 10 de outubro de 2017.



Contra a determinação daquela prisão foi impetrado habeas corpus junto ao STJ, com parecer *favorável do MPF* à concessão, mas a liminar pretendida foi negada, o que levou à impetração do caso junto ao STF (aqui, o HC 126.292), tendo a *liminar sido deferida* pelo então Min. Teori Zavascki reconhecendo a ilegalidade da prisão determinada pelo TJSP.

Submetido ao pleno do STF para análise da liminar concedida naquela Corte, o resultado foi não apenas o do retrocesso processual no caso concreto, em verdadeiro emprego de um habeas corpus com resultado *in malam partem* como no retrocesso no toca à execução antecipada da pena.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA “EXECUÇÃO PROVISÓRIA”, PELO STF

A questão que verdadeiramente se coloca é porque manter-se o apego às estruturas do Estado-Novo e toda uma base teórica francamente superada pelo marco constitucional-convencional, inclusive evitando o reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, algo que não foi sequer tocado no acórdão que dá título ao presente trabalho e que o STF reluta em enfrentar.³²

Ao possibilitar que se “execute provisoriamente” uma “pena” e, portanto, seja retirado seu verdadeiro caráter, o de uma medida cautelar em curso (sempre atentando para os fundamentos da cautelaridade e para a sua necessidade e adequação ao caso concreto³³), as estatísticas da cautelaridade mudam sensivelmente.

Basta, para tanto, que se observe o quadro abaixo produzido pelo CNJ a fim de que se tenha a dimensão das diferenças entre as situações levantadas:³⁴

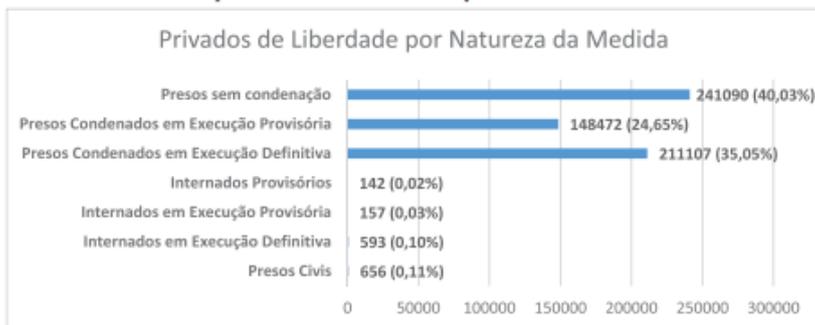
³² Há duas ADCs sobre o tema, a saber: ADC nº 43 e ADC nº 44 ambas sem julgamento de mérito até o momento em que este texto foi finalizado (inverno de 2019).

³³ O que implicaria, entre outros aspectos, numa revisão periódica desses fundamentos, da sua necessidade e adequação ao caso concreto além de, rigorosamente falando, numa limitação temporal para que ela pudesse se manter.

³⁴ BRASIL. CNJ. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018, P. 38



Gráfico 5. Pessoas privadas de liberdade pela natureza da medida



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

* Cumpre anotar que, no sistema, o documento hábil à mudança da natureza da prisão sem condenação para prisão decorrente de condenação é a guia de recolhimento, de modo que são computados como presos sem condenações as pessoas que já condenadas em primeiro grau em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento. Neste sentido o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução CNJ n. 113/2010 estabelece o prazo máximo de cinco dias para a expedição da guia de recolhimento definitiva ou de internação, dispondo o artigo 9º do mesmo ato normativo que a guia provisória deve ser expedida após o recebimento de eventual recurso.

Somadas as duas situações, que são idênticas, aquela de “presos sem condenação” com “presos em execução provisória” – a dizer, igualmente cautelares, mas com apreciação de recursos constitucionais – o percentual chega a 64,8% da população carcerária total, contra 35,05 dos presos condenados definitivamente.

Esse é o número real de presos cautelares no Brasil, o que coloca a situação nacional quase no topo do ranking da América Latina.³⁵

**Cuadro 1: Prisión Preventiva en América Latina**

País (Año)	Número de Personas en Prisión Preventiva	Porcentaje de Personas en Prisión Preventiva
Paraguay (2015)	9,922	77.9%
Bolivia (2018)	12,537	69.9%
Uruguay (2017)	7,726	69.7%
Haití (2018)	5,929	66.8%
Venezuela (2017)	35,970	63.0%
Honduras (2017)	9,660	53.1%
Panamá (2018)	8,584	53.0%
Guatemala (2018)	12,636	51.8%
Argentina (2016)	36,374	47.7%
Perú (2018)	35,029	39.8%
México (2018)	80,442	39.4%
Brasil (2018)	244,306	35.4%
Ecuador (2018)	13,073	34.9%
Chile (2018)	14,628	33.9%
Colombia (2018)	40,070	33.6%
El Salvador (2018)	11,434	29.5%
Nicaragua (2016)	3,140	21.4%
Costa Rica (2016)	2,543	13.3%

Fuente: The World Prison Brief.²⁰

E as distorções não se resumem a números em estatísticas oficiais.

Ao permitir que seja executada uma pena não definitiva, duas potenciais anomalias surgem: (i) a da manutenção de uma pessoa mais tempo no sistema prisional (e não apenas “no cárcere”) que sua condenação definitiva e (ii) a situação diametralmente oposta, uma pessoa que tem como considerada cumprida uma pena que, na verdade, se considerou maior por meio de sua exasperação em recurso da acusação.

Ambas são sintomas claros de disfunção do sistema penal e alimentadas pela visão teoricamente distorcida e pseudo-eficiente, da existência de uma “execução provisória da pena”.

5. UMA POSSÍVEL CORREÇÃO DE ROTA

O quadro atual de desconformidade constitucional com todos seus desvios práticos certamente não pode ser aceito, mesmo porque, dentre vários aspectos a serem corrigidos está o da própria desestrutura do sistema recursal no processo penal.



Assim, temos que a PEC 15/2011 da forma então defendida pelo Min. Cesar Peluso e encampada pelo então Senador Ricardo Ferraço de reconfigurar os recursos constitucionais como ações rescisórias é a via mais adequada.

Mas, na sua redação original que visava transformar os arts. 102 e 105 da Constituição que tratam dos recursos extraordinário e especial em ações rescisórias, com o que: (i) não se altera o art. 5º, cláusula pétra; (ii) robuste o sistema recursal no toca à execução dos acórdãos dos Tribunais Estaduais ou dos Tribunais Regionais Federais e, dessa forma; (iii) é obediente à garantia da revisão judicial das decisões em conformidade com a CADH (entre nós o denominado “duplo grau”); (iv) preserva o acesso aos Tribunais Superiores mediante os instrumentos constitucionais do habeas corpus e, eventualmente, mandado de segurança; (v) desafoga o fluxo processual recursal perante aqueles Tribunais e (vi) viabiliza a revisão do julgado, ainda que de forma restrita, em sede revisional.

Mas, sobretudo, confere a cada situação seu tratamento jurídico correto: de cautelaridade, aquilo que é cautela; de efetiva execução, o que é cumprimento de pena.

6. BIBLIOGRAFIA

- BRUSCO, Dilsson Emílio; RIBEIRO, Ernani Valter. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1119-1142, 2018.
- CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: breves linhas sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 20 dez. 2014.
- DE BRITO, Alexis Couto. *Execução penal*. Editora Saraiva, 2018.
- DULTRA DOS SANTOS, Rogerio. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Dados-Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 2, 2007.
- FERREIRA, Gabriela Vidotti. HERMENÊUTICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: diferenças entre mutação constitucional (Verfassungswandlung) e alteração formal da Constituição (Verfassungsänderung)—posicionamento do debate acerca do art. 52, X da CF/98. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 5, n. 1, 2012.
- GOMES Fº .Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**, Saraiva, SP, 1.991.



GRAU, Eros Roberto. Execução antecipada da pena. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

KUEHNE, Maurício. *Revisão do decênio da reforma penal: 1985-1995: considerações sobre a execução provisória da sentença penal*. Faculdade de Direito de Curitiba, 1995.

LEMONS, Tayara Talita et al. Mutação constitucional e democracia: uma (des) construção hermenêutica do problema da intervenção do Senado em sede de controle difuso de constitucionalidade. SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, v. 9, 2011.

MIRZA, F.. Processo Justo: O ônus da Prova à Luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do in dubio pro reo. In: Cleber Francisco Alves; Sergio de Souza Salles. (Org.). *Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79-96.

NERY JUNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat”. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>, acessado em 10 de outubro de 2017.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1.498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 42-54., ago./set. 2007.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Podemos falar em execução penal antecipada (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 167-173., jul./set. 1994.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória—causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **JOTA, Brasília**, v. 20, 2016.

Lei 7210, de 1984.

Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>

Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939.

Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937



HC 152.752 (BRASIL. STF, HC 152.752, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 04.04.2018, publicado em DJe-65, DIVULG 05.04.2018 PUBLIC 09.04.2018)

HC 68726 (BRASIL. STF, HC 68726, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 28.06.1991, TRIBUNAL PLENO, publicado em DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209)

HC 84078 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 05.02.2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, publicado em DJe-035 Divulgação em 25.02.2010.

