

# Garantias Processuais x Eficácia Repressiva: a questão tormentosa da execução provisória da pena

José Osterno Campos de Araújo\*

## 1. Observações preliminares: perguntando com Mário Quintana e a crítica de Salo e Natalie.

Preliminarmente, duas observações.

A primeira, no sentido de que, ao escrever este artigo, como o disse, em poesia, Mário Quintana, “estou mais perguntando do que respondendo”<sup>1</sup>.

A segunda, para enfatizar a pertinência das vozes uníssonas de Salo de Carvalho e Natalie Ribeiro Pletsch, críticos da visão de juristas que, “atrelados ao Código de Processo Penal e incapazes de constituir sua atividade, pautam-se pela exposição de motivos daquele diploma legal, preconizando a ‘minimização das barreiras formais (garantias processuais) em nome de uma maior eficácia repressiva’”<sup>2</sup>.

É, pois, o escopo deste estudo: enfatizar a necessidade de se esquadrihar e solver o conflito (aparente?) entre as garantias processuais dos perseguidos criminalmente e o teor de eficácia que se deve impingir, em um estado democrático de direito, à repressão criminal estatal, mormente se pondo os olhos na questão da execução provisória da pena, formatada no molde da indagação que se segue.

\* Procurador Regional da República – 1ª Região. Mestre em Direito. Professor de Direito Penal do Iesb – Instituto de Educação Superior de Brasília.

<sup>1</sup> QUINTANA, Mário. *Apud* PLETSCH, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 7.

<sup>2</sup> PLETSCH, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 50.

## 2. É possível, sem afronta à Constituição, a execução provisória da pena?

No encaixe de resposta a indigitado questionamento, lança-se mão do personagem de Raquel de Queiroz, o alencarino João Miguel e seu pretenso crime, bem como do fato público da condenação do jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves, assassino confesso de sua ex-namorada, Sandra Gomide.

### 2.1 O crime de João Miguel

Acerca do crime de João Miguel, escrevemos já alhures<sup>3</sup>:

É verdade que João Miguel foi absolvido.

João Miguel de Lima, caboclo dos Inhamuns, no interior do Ceará, personagem do livro “João Miguel”, da escritora cearense Rachel de Queiroz, foi absolvido do crime de matar, mediante certa facada (“— *O desgraçado não deu tempo ao outro nem de descer o cacete... Assim que ele arribou o braço, passou-lhe a faca e foi um rasgo que abriu de lado a lado do bucho...*” – p. 8)<sup>4</sup>, sob o efeito do álcool e privado dos sentidos (“*O doutor, quando veio aqui, disse que, como eu estava bêbedo, privado dos sentidos, e não podia ser responsável...*” – p. 118), seu oponente, que, de cacete em punho, intentava agredir-lhe fisicamente.

João Miguel foi absolvido.

Tardamente, é verdade.

<sup>3</sup> ARAÚJO, José Osterno Campos de Araújo. João Miguel: Romance de uma absolvição tardia ou o processo como pena. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/83/44/834/>, acesso em 13/06/2007.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Rachel de. *João Miguel*. 14 ed., São Paulo: Siciliano, 2000. Toda indicação de página entre parênteses e não referenciada diversamente refere-se a esta obra.

Passados mais de dois anos e meio do crime, João Miguel foi absolvido, por sentença, mas condenado pelo tempo.

Tempo que, inexorável, roubara-lhe já coisas por demais: a liberdade, o labor, a companhia, a dignidade.

O tempo furtador: tempo da prisão, tempo do crime à absolvição, tempo, enfim, do processo.

Na forma da canção do poeta cubano Pablo Milanés, *“El tiempo, el implacable, el que pasó”*.

Não foi à toa que João Miguel, na cadeia, em conversa com Filó e Angélica, vislumbrando a possibilidade da absolvição, irresignado, brada: *“— É, se eu for absolvido, quem é que vai pagar o tempo que eu passei aqui?”* (p. 118).

Na esteira, pois, do brado pungente de João Miguel, que não merecia o cárcere, nem a título de cautela, emenda-se: absolvido, ao final, o réu — que fora inicialmente condenado —, restitui-se-lhe o irrestituível: o tempo de prisão?

Apagam-se-lhe, ainda, do corpo e da alma as feridas incicatrizáveis do cárcere?

Terá, enfim, o condenado e absolvido, nesta ordem, outra chance de viver o que, preso, não viveu?

Se já o processo penal, por si só, impõe agravos, quicá a prisão.

## 2.2 A condenação de Pimenta Neves

Noutro diapasão, como justificar à sociedade e seu extenso contingente de não operadores jurídicos, a absurdidade (aparente?) da permanência em liberdade do jornalista Pimenta Neves, réu confesso do assassinato da ex-namorada, a também jornalista Sandra Gomide, mesmo após ser condenado a 18 anos de reclusão, sendo que sua empreitada criminosa consistiu em atirar pelas costas, e, não satisfeito, ter-se deslocado até o corpo caído de Sandra, desferindo-lhe, então, disparo fatal na cabeça, a 35 centímetros da vítima, sob a motivação de recusa de Sandra em restabelecer antigo namoro?<sup>5</sup>

Ante a justa condenação de Pimenta Neves e sua (inexplicável?) soltura, cabe questionar: 1) E a dor do pai da filha assassinada, que, desesperado, por ter per-

dido a filha e a esperança na justiça, chega a afirmar: “Acho que a única solução seria usar o sistema do dente por dente. Vou ter que fazer justiça com as próprias mãos”, acrescentando, ainda: “Toda noite eu penso em pegar uma arma para matar o Pimenta Neves. Já fiquei armado na porta da casa dele esperando, um dia inteiro, mas não saiu ninguém. Sinto vontade de matar ou deixá-lo todo aleijado”<sup>6</sup>; e 2) E os traumas psicológicos impingidos à mãe, pela ausência da filha, agravada pela acintosa liberdade de seu algoz?<sup>7</sup>

Neste caso, a perda da eficácia repressiva do sistema de persecução penal finda por impor prejuízos à crença da sociedade na justiça.

Afiguram-se, pois, como emblemáticos os casos de João Miguel e de Pimenta Neves, a cobrança do direito e seus fatores solução conciliatória e de equilíbrio entre interesses da democracia e da sociedade, a saber: a previsão constitucional de garantias processuais aos não definitivamente condenados e o indispensável teor de eficácia do sistema estatal de repressão penal.

## 3. O muro (presunção) da inocência

Já no limiar da persecução penal, ergue-se em favor de todo perseguido criminalmente o muro da inocência<sup>8</sup>, rígida construção constitucional que separa a acusação de possível condenação.

Deve, pois, o órgão da acusação, para galgar o acato judicial de sua pretensão punitiva, deitar por terra, via de atividade probatória desconstrutiva, referida construção constitucional de pedra.

Somente assim, implodido o muro da inocência — que, em verdade, se constitui em incontornável óbice à culpa, sem processo, sem prova e sem condenação

<sup>5</sup> Portal on line da violência contra a mulher. <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=132>, acesso 14/06/2007.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Poder-se-ia falar também em ponte da culpa, caso se considere que o que separa acusação da condenação não mais seja o muro da inocência — a se destruir, provando eticamente —, mas sim dita ponte da culpa, a ser construída —, e sua construção finda por deitar por terra o óbice à condenação —, também pela força da prova válida, vencendo-se, pois, o abismo adredeamente constituído, pela Constituição, entre acusação e condenação.

<sup>5</sup> Gazeta do povo online. <http://canais.rpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=560709>, acesso em 18/06/2007.

definitiva, é que se poderá falar em condenação e, via de consequência, em execução da pena.

Com efeito, a presunção do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal<sup>9</sup> detém caráter relativo, noutro dizer, *juris tantum*, passível, consequentemente, de se ver desconstituída por prova suficiente em contrário.

Impõe-se, assim, à acusação, e somente a ela, verdadeiro labor ético<sup>10</sup> desconstitutivo da pré-constituída presunção de inocência<sup>11</sup>, razão por que se pode afirmar que o ônus da prova, no processo penal, cabe tão-somente ao agente acusador, o qual deve provar, indene de dúvidas — as quais, se presentes, absolvem o acusado (regra probatória ou de juízo) —, fato típico, antijurídico e culpável.

A par de sua consideração como regra probatória ou de juízo (na mínima dúvida, absolve-se), apresenta-se, ainda, a presunção de inocência como regra de tratamento (o *status* de culpado ao definitivamente condenado).

Garantia processual necessária e benfazeja, para uns, e, para outros, injustificável entrave à eficácia do aparato repressor estatal, a presunção constitucional de inocência (o muro da inocência) como que se põe a firmemente enunciar: “a César, o que é de César”<sup>12</sup>, ou, em paráfrase: a culpa, e seus consectários, tão-somente aos culpados — leia-se, definitivamente condenados.

<sup>9</sup> Art.5º, inciso LVII, da CF/1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>10</sup> Manuel da Costa Andrade — Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 186 —, refere-se ao posicionamento de autores alemães, os quais aludem à “pureza do processo” (K. Rogall), à “superioridade moral do Estado” (F. Dencker), e à “diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime” (W. Hassemmer).

<sup>11</sup> Alberto M. Binder. Introducción al derecho procesal penal. 2. ed. actualizada y ampliada, 2. reimpressão. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 124, acerca da nomeação presunção de inocência, aduz: “*Es curioso que em este caso, al contrario de lo que suele ocurrir, la formulación positiva del principio (como de inocencia) ha generado mayores dificultades en su interpretación que su formulación negativa: si nos referimos a la existencia de una presunción de inocencia, seguramente encontraremos muchos críticos; sin embargo, si afirmamos que 'ninguna persona puede ser culpable hasta que una sentencia declare su culpabilidad', posiblemente el acuerdo sea total. Esto nos señala que en la base del problema existe una discusión verbal (sobre el sentido y alcances de las palabras) que, si es soslayada, puede generar falsas discusiones em otros niveles.*”

<sup>12</sup> Novo Testamento, Mt. 22, 21.

## 4. Como pensa a doutrina?

Colhem-se, na doutrina pátria, entendimentos divergentes sobre a questão da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena.

Exemplificam a contenda as pontuações de Sidnei Agostinho Beneti e de Sergio Fernando Moro.

Sidnei Agostinho Beneti<sup>13</sup> é peremptório:

Questão de grande relevância, ante os efeitos concretos, vem sendo a da impropriamente denominada ‘execução provisória’, instituto, diversamente do que se passa no cível, inexistente no sistema processual penal e, mais, de absoluta incongruência nesse sistema, porque *não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória* (destaquei).

Ressalva, entretentes, Beneti<sup>14</sup>:

Mas o sistema processual tem de oferecer solução para casos como o do acusado preso que, sem recurso da acusação, recorra da condenação e, durante o processamento do recurso, preencha os requisitos de tempo e de mérito para a progressão no regime prisional ou para o trabalho, de que lhe deriva o importante direito à remição, e semelhantes direitos típicos da execução da pena. (...) O impasse sistemático resolve-se mediante a incidência de antecipação cautelar de efeitos da sentença definitiva, naquilo em que imutável, como a qualidade e a quantidade da pena, insuscetíveis de agravação à ausência de recurso do Ministério Público.

Sergio Fernando Moro<sup>15</sup>, ocupando trincheira antagonica, pontifica:

Na tradição do Direito brasileiro, os recursos interpostos aos Tribunais Superiores, por exemplo, recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF), não possuem efeito suspensivo, possibilitando, desde logo, a execução, ainda que provisória, do julgado objeto do recurso.

<sup>13</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 88/89.

<sup>14</sup> Idem, p. 89.

<sup>15</sup> www.cjf.gov.br, acesso em 14/06/2007.

No processo criminal, isso significa que, após uma condenação em segundo grau de jurisdição, deve ser expedido o mandado de prisão, independentemente da interposição de recurso extraordinário ou especial. Nesse sentido, encontra-se o conteúdo da Súmula 267 do STF e diversos precedentes do STF (v.g.: HC 85.024/RJ, 2.T., Rel. Min. Ellen Gracie, un., *DJU* 10/12/2004, p. 53; HC 68.726/DF, Pleno, Min. Néri da Silveira, un., *DJU* 26/11/1992, p. 21.612).

Tal medida é bastante salutar, uma vez que leva a um processo penal menos moroso e, portanto, mais eficaz. Diante da prodigalidade recursiva, inclusive junto aos Tribunais Superiores, o julgamento de um recurso extraordinário ou especial pode levar anos.

## 5. Como pontua a jurisprudência do STF?

No seio do Supremo Tribunal Federal, as pontuações também se apresentam pendulares.

Vislumbrando a execução provisória da pena como não afrontosa à Constituição Federal<sup>16</sup>:

*Ementa: habeas corpus. Processo Penal. Cerceamento de defesa. Composição da turma julgadora. Violação ao art. 617 do CPP. Presunção de inocência. Improcedência das alegações.* 1 – Inexiste direito a que se tenha abertura de vista de documentação juntada por co-réu, em caso de defesas não-colidentes. 2 – Não comprovada a configuração de prejuízo não há que se falar em cerceamento de defesa (Súmula 523), quando juiz federal integrava a Turma Julgadora como revisor. 3 – Não há que se cogitar de *reformatio in pejus* já que o juiz assegurou tão-somente o direito de apelar em liberdade, não sendo extensível essa faculdade aos demais recursos porventura cabíveis após o julgamento do apelo. Precedentes. 4 – O princípio constitucional

<sup>16</sup> O “pecado” desta corrente é o de se limitar a afirmar a não afronta à Constituição, sem, no entanto, aduzir o porquê de assim se entender. O argumento da ausência de suspensividade dos recursos extraordinário e especial, sobre ver-se colhido em norma de hierarquia inferior à Constituição (art. 27, par. 2º, da Lei 8.038/1990), não justifica, outrossim, o fato de se dar tratamento de culpado (antecipação de pena) a quem ainda não foi declarado como tal, por sentença definitiva. Doutra parte, compartilhado do estranhamento do Min. Sepúlveda Pertence que não vê razoabilidade em se sustentar que a presunção constitucional de inocência veda a inclusão do nome do réu no rol dos culpados (o menos), antes de condenado definitivamente, mas não obsta a execução provisória da pena (o mais).

da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes. 5 – *Habeas corpus* indeferido. (HC 81964/SP, 2. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 28/02/2003, p. 16).

*Ementa: habeas corpus. Ausência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Recurso especial pendente. Execução provisória. Constitucionalidade. Legitimidade da prisão provisória no caso em espécie. Ordem denegada.* Até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente. No caso concreto, é legítima a execução provisória da sentença, uma vez que bem fundamentada em motivo de ordem cautelar. Denegação da ordem. (HC 86.628/PR, 2. T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 03/02/2006, p. 89).

Já as ementas infratranscritas albergam exegese no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, por ofensa à presunção de inocência como regra de tratamento:

*Ementa: recurso ordinário em habeas corpus. Individualização da pena. Sentença anulada, no ponto, pelo STJ. Falta de interesse.* Anulada a sentença pelo Superior Tribunal de Justiça, no ponto relativo à individualização pena, falta ao paciente interesse para alegar ausência de fundamentação na fixação da pena-base. *Ampla defesa e devido processo legal. Revolvimento de provas. Não-cabimento.* Ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa afirmada desde o argumento de que a sentença condenatória fundou-se exclusivamente em provas colhidas no inquérito policial. Necessidade do reexame de fatos e provas, incabível no rito do *habeas corpus*. *Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”.* Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. 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”. Daí a conclusão de que os

preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobre- põem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 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. 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 ST] 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. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação. (RHC 89.550/SP, 2. T., Rel. Min. Eros Grau, DJU 27/04/2007, p.107 – destaquei).

*Execução. Pendência de recursos. Enquanto pendente a apreciação de recurso, mesmo com eficácia simplesmente devolutiva, descabe a execução da pena. Prevalece o princípio constitucional da não-culpabilidade.* (HC 87.108/PR, 1. T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 18/05/2007, p. 82 – destaques acrescidos).

Em decisão monocrática, de 23/09/2005, o Ministro Cezar Peluso, no bojo da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 86.274-8/PA, sobre esclarecer que a “questão da harmonia entre a execução da sentença condenatória ainda sujeita a recurso e o princípio constitucional da presunção de inocência está sendo,

com amplitude, examinada pelo Plenário desta Corte, nos autos da Reclamação 2.391, em julgamento desde setembro de 2003”, toma, ademais, de empréstimo os termos do voto que proferiu na indigitada Reclamação 2.391, em sessão de 1º de outubro de 2003, para, analisando o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, asserir:

Parece-me óbvio que essa disposição constitucional não é, como não o é norma constitucional alguma, mera recomendação, nem tomada teórica de posição do constituinte a respeito da natureza da condição processual do réu; ela tem não menos óbvio sentido prático. Embora alguns vejam, em tal norma, uma suposta presunção de inocência, parece-me lícito abstrair indagação a esse respeito, no sentido de saber se hospeda, ou não, presunção de inocência. Há autores, sobretudo na Itália, que a propósito de regra análoga sustentam não conter presunção alguma, nem de inocência, nem de culpabilidade, senão e apenas enunciado normativo de garantia contra possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou conseqüência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado de sentença condenatória. *Em outras palavras, independente de saber se contém, ou não, alcance de presunção — pode-se até dizer que a presunção de inocência é só uma das decorrências ou consectários dessa garantia, projetando-se como tal, por exemplo, na distribuição dos ônus da prova no processo, o certo é que essa cláusula garante ao réu, em causa criminal, não sofrer, até o trânsito em julgado da sentença, nenhuma sanção ou conseqüência jurídica danosa, cuja justificação normativa dependa do trânsito em julgado de sentença condenatória, que é o juízo definitivo de culpabilidade.* Temos, pois, aqui, o seguinte dilema, já posto pelo Ministro Sepúlveda Pertence: tirando-se as hipóteses de prisão em flagrante — a cujo respeito como modalidade de prisão cautelar, que é, não quero discorrer aqui, bastando estar prevista na Constituição — e de prisão preventiva, cuja finalidade básica é a tutela do processo, a possibilidade de alguém ser ou manter-se preso nos termos de ambas as normas invocadas na sentença não vejo como qualificar-se senão como *hipótese típica de execução provisória de sentença penal (recorrível) e que por isso mesmo ofende de modo direto a garantia do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, porque se está impondo àquele que, na forma da mesma Constituição, ainda não foi considerado culpado por sentença transitada em julgado, a mais grave das sanções, que é a privação da sua liberdade.* Parece-me que, além disso — como já salientado pelos Ministros Marco

Aurélio e Sepúlveda Pertence —, o que acentua a gravidade da interpretação da sentença é que as leis tratam de maneira penosamente invertida e desigual bens jurídicos que estão em posições hierárquicas distantes, ou seja, a lei subalterna não admite, na execução civil provisória, a qual tem só efeitos de caráter patrimonial e quase sempre reversíveis, a prática de atos de adjudicação ou de qualquer outra forma de alienação, ao passo que as duas normas penais aplicadas pela sentença permitiriam a imposição da sanção extrema e gravíssima da privação da liberdade, a qual é irreversível pela razão manifesta de que não há maneira de o sistema jurídico repará-la sequer mediante o expediente sub-rogatório da indenização (que aliás, não se sabe quando é paga). Esse tratamento normativo desigual, que castiga o réu com perda injusta e irreparável da liberdade física, agride o princípio da proporcionalidade, como variável da razoabilidade. Creio inconcebível que o sistema jurídico tolere essa incoerência de regulamentação desproporcional de conseqüências sancionatórias para valores jurídicos absolutamente dispares, atribuindo prudente proteção a bem jurídico que, diria, não é o mais valioso da vida, o patrimônio, e, na esfera penal, negando-a à liberdade do cidadão! Isso, para mim, ofende frontalmente, além de cláusula constitucional específica (art. 5º, LVII), o princípio da proporcionalidade, que veda toda sanção injustificável quando comparada com conseqüência prevista para hipótese mais grave em abstrato. *Considero, também, absurdo não menor que se possa extrair do preceito constitucional, por exemplo, a conseqüência — como já lembrado, na Turma, pelo Ministro Sepúlveda Pertence — de que estaria proibido lançar, antes do trânsito em julgado da sentença, o nome do réu no rol dos culpados, como se esta fosse a coisa mais importante do sistema jurídico. Como observou S.Exa., nunca se viu ou soube que alguém consultasse alguma vez tal livro! Seria esse, outro tipo gritante de desproporcionalidade: sustentar a impossibilidade de manter o nome do réu no rol dos culpados, mas permitir que ele permaneça preso até que sobrevenha julgamento definitivo, o qual bem pode declará-lo inocente! Nada haveria de razoável nessa desequilibrada ponderação normativa que de igual modo subverteria a escala de valores emergentes da Constituição* (destaques por acréscimo).

## 6. A título de (possível) resposta

À pergunta, pois, se “possível, sem afronta à Constituição, a execução provisória da pena?”, responde-se,

ainda que sem foro de definitividade: sim e não, com acréscimo da condicional: dependendo dos contornos fático-jurídicos da hipótese.

Com efeito, responde-se sim, com a cautela de nominar a hipótese de antecipação benéfica de efeitos da condenação — e não de execução provisória da pena —, se, e somente se: 1) subsistente, ou supervenientemente, se afigurar motivação para o encarceramento cautelar do réu condenado e preso (prisão sem pena) ele estiver ou vier a ser; 2) houver o édito de condenação transitado em julgado para a acusação<sup>17</sup>; e 3) haver a defesa, ou mesmo o Ministério Público, manejado recurso em benefício do réu; isto porque a garantia constitucional da presunção de inocência não pode ser considerada em prejuízo da situação daquele a quem se visa garantir (v.g., alguém preso cautelarmente, com condenação — recorrida tão-somente em seu benefício —, a regime inicial aberto).

Já a resposta negativa se impõe, se: 1) liberto estiver o réu condenado e não se patentarem motivos suficientes para sua superveniente (à decisão de condenação) custódia não definitiva (mais uma vez, prisão sem pena); e 2) houver sido interposto recurso para melhoria da situação do réu; ou 3) houver sido brandido pela acusação recurso buscando agravar a situação posta na condenação, sendo certo que, em casos que tais, a ofensa à presunção de inocência é patente, confi-

<sup>17</sup> Pertinente, nada obstante, o acertado adendo de Paulo Queiroz, no sentido de que: “Mas mesmo na presença de recurso da acusação que objetive majorar a pena, temos ser possível, excepcionalmente, a execução provisória, quando se verificar que o eventual provimento do apelo não tiver qualquer repercussão sobre o direito que se pretende ver reconhecido (direito à progressão, ao livramento condicional etc.)”. E exemplifica: “Assim, por exemplo, se o Ministério Público apelar para obter a aplicação de uma causa de aumento de pena de ½ sobre uma condenação de seis anos, caso em que aumentaria para oito anos, tal circunstância em nada afetará o direito à obtenção de livramento condicional se o réu, primário e sem antecedentes criminais, já houver cumprido mais de ½ da pena, quando lhe bastava o cumprimento de mais de ⅓ (CP, art. 83, I). Sim, porque, ainda que, provido o recurso, a pena venha a ser aumentada para oito anos, o sentenciado já teria atingido mais de ⅓ dessa nova pena, fazendo jus, portanto, ao livramento condicional”. Para, por fim, arrematar: “Numa palavra: somente o recurso que possa alterar a situação do sentenciado, prejudicando o reconhecimento do direito que postula especificamente, pode ter o condão de inviabilizar a execução provisória, não o impedindo apelação que em nada modifique tal situação”. (QUEIROZ, Paulo, Execução provisória da sentença e garantismo. Jus Vigilantibus, Vitória, 10/05/2005. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/15567](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/15567)>. Acesso em 1º/08/2007).

gurando, via de conseqüência, verdadeira antecipação inconstitucional de pena.

Penso, entretanto, que menos mal (não me atrevo a dizer melhor, à vista do até aqui gizado) seria se nova constituição dissesse: “somente será considerado culpado, aquele que tiver contra si, ao menos, sentença penal condenatória recorrível”.

Enquanto não, que se jogue, com as regras postas, o jogo processual.

## 7 – Referências bibliográficas

---

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. João Miguel: Romance de uma absolvição tardia ou o processo como pena. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/83/44/834/>, acesso em 13/06/2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução da Vulgata: Pe. Mattos Soares. São Paulo: Paulinas, 1984.

BINDER, Alberto M.. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. actualizada y ampliada, 2. reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

GAZETA DO POVO ONLINE. [Http://canais.rpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=560709](http://canais.rpc.com.br/gazetadopovo/brasil/conteudo.phtml?id=560709), acesso em 18/06/2007.

MORO, Sergio Fernando. *Presunção de inocência e efeitos de recursos*. [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br), acesso em 14/06/2007.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PORTAL DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=132>, acesso em 14/06/2007.

QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 10 mai. 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/doutrinas/pecas/ver/15567>>. Acesso em 1º/08/2007.

QUEIROZ, Rachel de. *João Miguel*, 14 ed., São Paulo: Siciliano, 2000.

QUINTANA, Mário. Apud PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.