



A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA APÓS SUA CONFIRMAÇÃO PELA 2ª INSTÂNCIA

*Dawdson Silva Correia**

RESUMO: Em razão do Supremo Tribunal Federal - STF ter revisto seu posicionamento para não mais permitir a execução antecipada de sentença condenatória confirmada em segunda instância, tem crescido a busca por encontrar um meio, que seja constitucional, para viabilizar esta medida. Discussões acerca do tema tem ocorrido no âmbito legislativo, com argumentos contra e a favor. Porém a matéria está profundamente ligada nas garantias fundamentais do Devido Processo legal e da Presunção de Inocência, os quais são tidos como cláusulas pétreas. Ainda assim, discute-se sobre a possibilidade de alterar o funcionamento do Poder Judiciário por meio de Emenda Constitucional para extinguir os Recursos Especial e Extraordinário, de modo a forçar o trânsito em julgado após o julgamento pela corte de apelação. Todavia, o que parece ser uma tentativa de harmonizar a busca por uma justiça mais célere com o respeito à presunção de inocência, pode se revelar, na verdade, um artifício odioso para mitigar as garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Palavras-chave: Pena; Inocência; Presunção; Inconstitucionalidade.

DOI: <https://doi.org/10.36776/ribsp.v6i16.209>

Recebido em 02 de maio de 2023.

Aprovado em 11 de novembro de 2023

* Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). CV: <http://lattes.cnpq.br/3928083029788386>.



THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL EXECUTION OF A CRIMINAL SENTENCE AFTER ITS CONFIRMATION BY THE 2ND INSTANCE

ABSTRACT: Since the Federal Supreme Court - STF has revised its position to no longer allow the early execution of a conviction confirmed in the second instance, there has been a growing search for a constitutional means to make this measure viable. Discussions on the subject have taken place in the legislative sphere, with arguments for and against. However, the matter is deeply linked to the fundamental guarantees of Due Process of Law and the Presumption of Innocence, which are considered to be unchangeable clauses. Still, there is discussion about the possibility of changing the functioning of the Judiciary Branch by means of a Constitutional Amendment to extinguish Special and Extraordinary Appeals, in order to force a final judgment after the judgment by the Court of Appeal. However, what appears to be an attempt to harmonize the search for faster justice with respect for the presumption of innocence may actually prove to be a hateful artifice to mitigate the individual's guarantees against the State's arbitrariness.

Keywords: Punishment; Innocence; Presumption; Unconstitutionality.



1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da criminalidade no Brasil, muito tem se discutido sobre como conter a escalada de violência que gera grande temor social sobre a segurança das pessoas. Uma das soluções apresentadas atualmente para este combate e que tem provocado fortes discussões é sobre a possibilidade, ou não, da execução provisória da pena privativa de liberdade após a confirmação em segunda instância da sentença penal condenatória.

Sobre a medida acima citada, a controvérsia gira em torno da sua constitucionalidade, já que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, impedindo, em regra, que a prisão ocorra antes disso.

O presente trabalho se propõe, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a examinar se é possível admitir no Brasil a execução provisória da pena privativa de liberdade após a confirmação em segunda instância da sentença penal condenatória.

Foi desenvolvido a partir de pesquisa na imprensa, pesquisa bibliográfica mediante análise de materiais já publicados na literatura jurídica, pesquisa jurisprudencial e também análise de dispositivos legais.

2. RETROSPECTO HISTÓRICO

Durante o mês de junho do ano de 2013 uma grande onda de protestos contagiou o Brasil. O que se iniciou como uma forma de contestar aumentos de tarifas de transporte público em São Paulo, logo se metamorfoseou, para, literalmente, viralizar pelo país a fora, originando novos protestos, com temas diversificados (Galileu, 2018).

Os protestos que se espalharam pelo Brasil afetaram principalmente a classe política, criticada pela corrupção e falta de investimentos em áreas importantes como saúde, educação e segurança, resultando na queda de aprovação da então presidente Dilma Rouseff (BBC, 2018).

A onda de manifestações e insatisfações populares foram aumentando e os casos de corrupção no governo Lula e Dilma acabaram originando grande clamor social por mais rigor no controle e punição da corrupção (Gazeta do Povo, 2019).

Grandes figuras da política acabaram envolvidas em escândalos de corrupção e condenadas a penas privativas de liberdade que, normalmente já se executava após a condenação em 2ª instância, já

que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) se dava nesse sentido desde o ano de 2016 (Estadão, 2019).

No entanto, quando o Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva sofreu condenação e foi preso após a confirmação de sua condenação em 2ª Instância, reacendeu-se a forte discussão acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena sem que se tenham esgotado todos as possibilidades recursais (Conjur, 2019).

Em 7 de novembro de 2019 o STF decidiu que o cumprimento da pena deve começar somente após o esgotamento dos recursos, permitindo, principalmente, que condenados em crimes de corrupção fossem postos em liberdade, visto que ainda tinham recursos pendentes de julgamento nas cortes superiores do país.

A questão da execução da pena após a condenação em 2ª instância é um tema sobre o qual o STF já vem, há algum tempo, se debruçando.

No julgamento do HC 84.078 de 2009 o STF decidiu pela inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena, permitindo que o paciente recorresse em liberdade.

Porém o entendimento se modificou em 2016, quando no julgamento do ARE 964246, retomou entendimento vigorante na corte até 2009, permitindo que a execução se inicie após acórdão de 2ª instância que confirme sentença penal condenatória.

Em 7 de novembro de 2019, por 6 votos a 5, o STF modificou novamente seu posicionamento no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

Estas ADCs foram propostas para que se examinasse a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com a polarização política que se instalou no país em decorrência das manifestações, abriu-se a porta para que políticos de Direita chegassem ao poder e, com isso, movimentações legislativas se iniciaram para que fosse aprovada a execução provisória da pena após condenação em segunda instância (Poder 360, 2019).

No âmbito do poder legislativo, foram apresentados Projeto de Lei (PL) e Proposta de Emenda Constitucional (PEC) visando endurecer o combate ao crime e à corrupção, asseverando, dentre outros assuntos, que a presunção de inocência não impede a execução antecipada da pena (Câmara, 2020).



2. CONCEITO PRELIMINAR

Aqueles que advogam a validade da execução provisória da sentença condenatória após o julgamento em 2ª Instância apoiam-se sobre o fundamento de que tal medida não fere o princípio da presunção de inocência.

É que, para tal vertente, a 1ª e 2ª instâncias são as únicas a quem o legislador concedeu a competência para analisar fatos e provas e, uma vez analisados estes elementos, às instâncias superiores caberá apenas apreciar questões unicamente de direito.

Foi o que sustentou a Ex-Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, quando do seu parecer nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) respectivamente:

O cumprimento da pena de prisão aplicada por tribunal, com observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (inclusive as regras de prova e de tratamento, decorrentes da presunção de inocência) no exame dos fatos e provas não fere a presunção de inocência. Muito pelo contrário, ocorre após o esgotamento das únicas instâncias judiciais que, no sistema processual brasileiro, podem examinar fatos e provas (PGR, ADCs nº 43 e 44, p. 34).

Quando do seu parecer nos autos da ADC 54, ajuizada pelo PCdoB, Raquel Dodge fundamentou que existe lacuna na lei quanto ao que vem a ser “considerar alguém como culpado”, para dizer que executar a pena após a confirmação da condenação em 2ª instância não equivaleria ao reconhecimento de tal status:

Remanesce, entretanto, a dúvida: o que seria tratar alguém como culpado? Que tipo de tratamento dispensado ao réu pelo Estado seria afrontoso ao conteúdo essencial do 5º, inc. LVII da CF/88, em sua dimensão de servir como regra de tratamento, por equipará-lo ao penalmente culpado? Diante do silêncio do legislador constitucional sobre o que significa “tratar alguém como culpado”, caberá ao legislador ordinário a tarefa de definir quais condutas preenchem tal perfil e que, por isso, são vedadas posto que afrontosas ao art. 5º, inc. LVII da CF/88 (PGR, ADC nº 54, p. 8).

3. DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54

Os fundamentos relatados na seção anterior foram anexados aos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, ajuizadas pelo PEN, pelo Conselho Federal da OAB e pelo PCdoB, respectivamente.

Todas as ADCs supramencionadas almejavam que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) fosse declarado constitucional, para impedir que as sentenças condenatórias fossem executadas antes que ocorresse o seu trânsito em julgado.

Assim prevê o artigo 283 do CPP:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Para aqueles que defendem a inconstitucionalidade da execução da pena logo após condenação em 2ª instância, este artigo se encontra em plena consonância com o espírito do constituinte originário, que não permitiu que alguém seja considerado culpado sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado. Artigo 5º, LVII da CF/88.

Desse modo, entendem que, para o encarceramento de alguém, via de regra, pouco importa que o juiz e o tribunal de apelação figurem como instâncias ordinárias, que detenham a competência para examinar os fatos da causa, as provas da materialidade e da autoria do crime e decidirem sobre a culpabilidade penal do réu.

Para tal vertente, ainda que assim seja, a constituição não permite que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença, o que se dá somente após o esgotamento das vias recursais.

Portanto, se faz necessária uma análise sobre a existência, ou não, de alguma possibilidade de execução da pena antes da cristalização da sentença penal condenatória em face do que diz a CF/88.

4. DA HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar das acaloradas discussões acerca da possibilidade de execução da prisão logo após a confirmação da sentença condenatória em 2ª instância, importante lembrar que existe uma hierarquia de normas vigente no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme a tradicional lição de Hans Kelsen, é necessário que todo ato normativo conflua para um centro que lhes confira validade:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (Kelsen, 1998, p. 136).

Para que um ordenamento jurídico possa ser dotado de segurança e que seja possível controlar a legalidade das normas, há que se respeitar um critério hierárquico no qual as leis são escalonadas em graus de superioridade. A esse critério dá-se o nome de hierarquia das normas.



No direito brasileiro a lei maior do ordenamento jurídico é a Constituição Federal com suas emendas. Todas as demais normas e atos jurídicos do país, necessariamente, precisam estar em consonância com as diretrizes colocadas pela carta magna.

Abaixo da Constituição Federal vem, respectivamente, as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

No Brasil, o fundamento que deve conferir validade aos atos jurídicos é a CF/88. Ela ocupa uma posição de supremacia, que cabe a todas as constituições e que, nas palavras de Mendes (2008, p. 225) “exprimira a consequência inelutável da sua superioridade formal, resultado do Poder Constituinte Originário sobre os poderes por ele constituídos”.

Barroso (2017) lecionando sobre a obrigatoriedade de as normas pertencentes ao ordenamento jurídico não colidirem com o alicerce constitucional, defende veementemente que essa imperatividade deve alcançar não só os dispositivos normativos, mas também todo ato jurídico.

Sobre isso assim ensina Lenio Streck:

De pronto é necessário deixar claro que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. Se entendermos o sistema jurídico a partir da Constituição, poderemos afirmar que o juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição (Streck, 2018, p. 186).

Assim sendo, não somente as leis, que emanam do Poder Legislativo, mas também a própria jurisprudência não pode se furtar de andar sobre os trilhos estabelecidos pela CF/88.

Em relação à questão específica em análise neste trabalho, a CF/88 pronunciou-se sobre as possibilidades em que um indivíduo poderá ser privado de sua liberdade.

Diz a CF/88 em seu artigo 5º, incisos LIV e LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Os preceitos apontados acima demonstram que a ordem constitucional do país impõe não somente uma, mas, pelo menos, duas importantes condições para que um indivíduo possa perder sua

liberdade em decorrência do *jus puniendi* do Estado: a) que se respeite o devido processo legal; e b) que se respeite a presunção de inocência.

5. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A CF/88 em seu artigo 5º, LIV não permite que alguém seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Sobre essa garantia Alexandre de Moraes ensina que ela disponibiliza ao indivíduo todo o arsenal de medidas processuais de que o Estado também pode se utilizar, garantindo paridade entre ambos:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (Moraes, 2014, p. 110).

Este processo, para ser legal, precisa respeitar as normas processuais estabelecidas, de modo que, no Brasil, a sentença somente transita em julgado quando se houverem esgotado todas as possibilidades recursais, que não se encerram com o julgamento em 2ª instância, tendo em vista que existem aspectos legais e constitucionais da sentença atacada que podem ser levados à apreciação das cortes superiores.

O devido processo legal garante ao indivíduo que responde ao um processo penal o direito a fazer uso dos recursos que a lei lhe disponibiliza para a defesa de sua liberdade.

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a este princípio assegura-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Lenza, 2012, p. 1.022).

Já os defensores da execução antecipada da pena argumentam que permitir que o réu recorra às cortes superiores em liberdade favorece o ajuizamento de recursos meramente protelatórios, que demoram a ser julgados, aproximando os casos da prescrição.

No entanto, esse é um problema do Estado e não do indivíduo processado. Ora, a Emenda Constitucional 45/04 (Reforma do Judiciário) teve a chance de dar maior celeridade à tramitação dos processos, mas, como afirma Moraes (2014), ela não o fez, trazendo poucos mecanismos para reduzir a morosidade da justiça brasileira.

Não se pode conceber que o indivíduo seja penalizado ainda mais, se vendo privado de uma garantia fundamental ao devido processo legal (exercendo-o, via de regra, em liberdade), somente porque o Estado é incapaz de gerenciar mais efetivamente o seu trabalho de prestação jurisdicional.



6. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Assim como o direito ao devido processo legal, a presunção de inocência também está inserida dentro do rol de garantias individuais, os quais a CF/88 não permite que sejam alterados nem por emenda à constituição.

A presunção de inocência se encontra positivada como garantia fundamental na CF88 no artigo 5º, LVII, quando a constituição veda que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A sentença só transita em julgado quando esgotadas todas as vias recursais e, como visto alhures, no Brasil, as vias recursais não param na 2ª instância, podendo atingir as cortes superiores.

Marcelo Novelino leciona da seguinte maneira:

A presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas (Novelino, 2016, p. 418)..

A presunção de inocência é positivada no artigo 9 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *todo homem é inocente até que seja declarado culpado.*

Também no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei.*

E consta no bojo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também no artigo 8º, § I da Convenção Americana de Direitos Humanos: *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade.*

Nota-se que a presunção de inocência é um princípio amplamente celebrado em todo o mundo ocidental, abominando-se atos que levem o ser humano à punição antes que tenha exercido todo o seu direito de defesa.

Se bem que, em se tratando da CF/88 vários constitucionalistas defendem que ao princípio em comento a melhor denominação seria a de princípio da não culpabilidade.

Pedro Lenza, citando Bechara e Campos, escreveu:

De maneira precisa anotam Bechara e Campos, “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado” (Lenza, 2012, p. 1.020).

De fato, são o Juiz e o Tribunal de apelação que, no Brasil, analisam fatos e provas e, o julgamento tido no âmbito destes órgãos, é capaz de apontar que o indivíduo é o autor do delito.

Todavia, enquanto pendente julgamento de recursos, ninguém pode ter seu nome lançado no rol dos culpados e, por mandamento constitucional, não deve ser privado de sua liberdade.

Na lição de Marcelo Novelino (2016, p. 219) “No direito penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar como culpado qualquer indivíduo antes de condenação criminal irreversível”.

E Nestor Távora, afirma que o encarceramento antes que a sentença penal condenatória transite em julgado é cabível apenas em situações muito estritas, vigorando a liberdade como regra:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção (Távora, 2013, p. 54).

Assim sendo, não parece que uma norma ou jurisprudência que permita a execução da pena após a condenação em 2ª instância encontre respaldo constitucional.

A questão que impede a execução da pena após a condenação em 2ª instância não é somente a presunção de inocência, mas a própria culpabilidade que ainda não está cristalizada.

7. DO CARÁTER SISTÊMICO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para a vertente que defende que a execução da sentença condenatória pode se iniciar após a confirmação em 2ª Instância, há ainda o artigo 637 do CPP, que, segundo defensores, autorizaria a medida, dada a ausência de efeito suspensivo aos recursos às cortes superiores.

Art. 637. 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.

Pela redação do dispositivo legal supramencionado, verifica-se a existência de viabilidade à execução antecipada da pena, desde que o recorrido tivesse oferecido as suas contrarrazões.

No entanto, é preciso considerar a natureza sistêmica do ordenamento jurídico, que deve ser interpretado como um todo, considerado em sua universalidade.

Sobre isso, Paulo Nader tem cirúrgica lição:

Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria. Quando um magistrado profere uma sentença, não aplica regras isoladas; projeta toda uma ordem jurídica ao caso concreto (Nader, 2014, p. 257).



Assim, apesar do artigo 637 do Código de Processo Penal permitir a execução antecipada da pena, cumpre asseverar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP) prevê que a execução da pena deve se dar somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Foi o que observou o Ministro Eros Grau, do STF, quando do julgamento do HC 84.078-MG. Em seu voto, Eros Grau asseverou que a LEP é uma norma mais recente do que o CPP e, assim sendo, se sobrepõe ao artigo 637 do CPP, além de ter sido recepcionada pela CF88 (HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Além disso o artigo 283 do mesmo CPP, que foi objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ostenta a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Nas ADCs supracitadas o artigo 283 do CPP foi declarado constitucional, de modo que, até o momento, a prisão após a condenação em 2ª instância não é possível, devendo-se aguardar o esgotamento das vias recursais e, somente em circunstâncias específicas de prisão cautelar é que se autoriza o encarceramento antes do trânsito em julgado.

Portanto, apesar de haver uma aparente antinomia, o direito, como um sistema, oferece as ferramentas para a sua harmonização, pelo que se infere que a presunção de inocência ou não culpabilidade surge como obstáculo constitucional à execução antecipada da pena.

8. DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA/NÃO CULPABILIDADE COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

Como o ordenamento jurídico, sistêmico que é, harmoniza-se para apontar que, neste momento, não se pode admitir a execução da sentença condenatória após a confirmação pela 2ª instância, os defensores dessa medida têm buscado mudar esse cenário politicamente.

Nesse sentido é que foi apresentado o Projeto de Lei (PL) nº 166/2018 de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS) com a finalidade de alterar o CPP para disciplinar a prisão após condenação em 2ª instância.

Em sua justificativa do PL nº 166/2018, o Senador Lasier Martins assim se manifestou:

O inciso LVII do art. 5º da nossa Carta Política declara apenas que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não diz que ninguém será preso até o trânsito em julgado. Apenas que não será tratado como culpado. Tanto é assim que são hipóteses legais de prisão antes do trânsito em julgado, em nosso ordenamento, a prisão preventiva e a prisão temporária, modalidades de prisão cautelar que podem ocorrer no curso do processo ou mesmo da investigação policial, quando presentes os respectivos requisitos (arts. 10, 283 e 312, entre outros, todos do CPP; e Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989) (Senador Lasier Martins, PL nº 166/2018, p. 3).

Contudo, considerando o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que declararam constitucional o artigo 283 do CPP, bem como o enraizamento constitucional que a matéria possui, não será uma lei ordinária que terá o condão de introduzir a execução da pena após a condenação em 2ª instância.

Da maneira como a matéria está posta atualmente no texto da CF88, muito provavelmente a lei que resultaria do PL 166/2018, seria futuramente declarada inconstitucional.

Em razão da provável impossibilidade desta questão ser modificada por meio de Lei ordinária, discute-se no âmbito legislativo e em meio aos juristas se uma Emenda Constitucional poderia introduzir esta medida, sem que o princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade) seja preterido.

Nas discussões que se travam sobre a matéria, pouco ou quase nada se fala sobre o direito ao devido processo legal que, como se verificou, também está afeto à questão.

Não raro, percebe-se certos movimentos com a finalidade introduzir no ordenamento jurídico alterações que violam as cláusulas pétreas, inclusive com teses produzidas por variados segmentos no sentido de justificar que este ou aquele direito não está encoberto pelo referido status, apesar de claramente o possuírem.

É o que o jurista Lenio Streck denuncia nas linhas seguintes:

Hoje, passados vinte e nove anos da promulgação da Constituição que o Presidente da Assembleia Constituinte, Ulisses Guimarães, apelidou de “Constituição Cidadã”, muita coisa há por realizar. Dezenas de emendas comprometem já em parte o núcleo essencial da Carta. Todavia, a previsão de cláusulas pétreas tem oferecido forte obstáculo às tentativas desregulamentadoras / desconstitucionalizadoras advindas dos setores desregulamentadores (Streck, 2018, p. 170).

Ocorre que tanto o princípio do devido processo legal, quanto o da presunção de inocência/não culpabilidade pode estar revestidos do manto de cláusula pétrea.

Reza o artigo 60, §4º, IV da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.



Como se sabe, a presunção de inocência/não culpabilidade e o devido processo legal são garantias individuais fundamentais, inseridas na CF88 no título dos Direitos e Garantias fundamentais, que não podem ser suprimidos ou diminuídos nem por emenda à constituição.

Mas, e se uma emenda constitucional não se direcionasse diretamente a estes direitos e garantias individuais, mas reformasse a sistemática funcional judiciária para fixar o trânsito em julgado das sentenças em um momento diferente do que hoje ocorre?

É este o objetivo da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 199, que pretende converter o Superior Tribunal de Justiça - STJ e o STF em cortes revisionais.

Caso a PEC seja aprovada, STJ e STF não mais julgarão em caráter recursal, mas terão competência originária para julgar Ação Especial e Ação Extraordinária de revisão de sentenças.

Com isso, forçar-se-ia o trânsito em julgado da sentença após o julgamento pela corte de apelação, viabilizando a execução da pena logo após esse momento sem ferir nenhuma cláusula pétrea, pois o direito ao devido processo legal e a presunção de inocências/não culpabilidade estariam preservados, uma vez que a condição de trânsito em julgado das sentenças permaneceria respeitada.

A proposta de emenda à Constituição visa, em apertada síntese, a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários (PEC 199. Justificação, p. 7).

Considerando que a competência dos tribunais não é cláusula pétrea, a exemplo da Emenda 45/94, não subsiste nenhum impedimento à transformação dos recursos extraordinário e especial em ações autônomas de competência originária do STJ e STF por meio de emenda constitucional.

No entanto, é necessário que se mantenha a calma, pois, como ensina Reale (2002), a interpretação jurídica não pode olvidar da natureza finalística e valorativa das normas, nem que os dispositivos legais são peças que compõem uma estrutura e, nesta estrutura, exercem uma função em prol do todo do ordenamento jurídico.

É claro que a sociedade evolui e passa por mudanças, pois a vida social é dinâmica e em diversos momentos mudanças legislativas se farão necessárias. O que é necessário ponderar é qual a melhor forma de proceder a tais atualizações.

Não se deve aceitar que, por exemplo, os indivíduos sejam penalizados com a supressão de suas garantias fundamentais pelo fato de que o Estado não consegue gerenciar a carga de trabalho que chamou para si, padecendo de grande morosidade. O Estado que lute para aperfeiçoar sua prestação de serviço jurisdicional e ser mais célere.

Assim sendo, ainda que não haja impedimento para transformar a competência das cortes superiores através de emendas constitucionais, estas transformações, em tese, não poderiam resultar em mitigação de garantias que o constituinte originário quis que fossem exercidas em plenitude.

Paulo Nader conta uma história que bem se amolda ao que se discute nesta questão:

Na Antiguidade, quando predominava o pensamento teológico, a lei era a vontade dos deuses. As leis, que possuíam valor sacramental, eram consideradas imutáveis, porque sendo obra divina somente poderiam ser reformuladas por quem as fizera. Criava-se um forte impasse: o imobilismo da lei e a dinâmica dos fatos sociais. A solução que os antigos encontravam era a de fraudar a letra da lei, mediante artifícios (Nader, 2014, p. 248).

Mutatis mutandis, o que se procura com fundamentos como os da justificação da PEC 199 nada mais é do que utilizar artifícios para limitar o campo de defesa que o constituinte originário quis que os indivíduos tivessem, lançando-os na prisão mais cedo, uma vez que o Estado faliu em entregar uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Tavares (2016) narra que a CF88 surgiu após um longo período de autoritarismo, que tinha como característica marcante sucessivas mitigações de garantias individuais, levadas a cabo por atos institucionais (AI) como o AI nº 5. Por isso a preocupação do constituinte de fornecer um amplo arcabouço defensivo.

Não é segredo e é amplamente noticiado pela imprensa que, mesmo após 32 anos da redemocratização do país, discursos que clamam por um novo levante autoritário persistem e ganham adeptos (até mesmo entre políticos influentes), como aqueles que reivindicam uma “intervenção militar”.

A *mens legis* do legislador constituinte em 1988, era extirpar qualquer resquício de autoritarismo do período então recente da vida dos cidadãos, entregando garantias contra o arbítrio do Estado.

Mas a atual conjuntura demonstra que o ranço ditatorial ainda parece estar à espreita, de modo que o sentido de o devido processo legal e a presunção de inocência/não-culpabilidade figurarem como cláusulas pétreas, muito à frente (especialmente falando) da definição de competências dos tribunais na CF/88, permanece o mesmo.

André Ramos Tavares, citando pesquisa de Leôncio Martins Rodrigues, apresenta um mapa do perfil ideológico dominante quando da elaboração da CF/88:

Uma perquirição acerca da ideologia da Constituição promulgada em 1988 leva a indagar sobre quais foram os parlamentares efetivamente responsáveis pela sua elaboração. Estudo desenvolvido por LEÔNICIO MARTINS RODRIGUES, a partir da autodefinição ideológica dos componentes da Câmara dos Deputados, levou à conclusão de que a maioria seria de centro-esquerda e de esquerda moderada (Tavares, 2016, p. 127).

Sendo os partidários de esquerda aqueles que mais foram atingidos pelo regime militar, instaurado no país desde 1964; e, no tempo da constituinte de 1988, figurando como ideologia dominante, empenharam-se para garantir um acervo defensivo amplo aos cidadãos.



Ocorre que a decepção com os governos de esquerda que ganharam expressão após a redemocratização do país levou os brasileiros a uma guinada em relação à direita e suas ideologias que, tal como as de esquerda, muitas vezes flerta com o autoritarismo.

A partir do ano de 2018, então, multiplicaram-se os esforços em garantir que a execução antecipada da pena se torne uma realidade, a despeito de todo o regramento constitucional.

Pela sistemática da CF88, percebe-se que o direito ao devido processo legal e à presunção de inocência/não culpabilidade estão celebrados em núcleo imutável da carta magna, situados no artigo 5º, muito antes do artigo 102 que aborda a competência do STJ e do 105 que trata da competência do STF.

Urge, portanto, elevar a voz de Miguel Reale quando ministra a seguinte lição:

Não basta, porém, ter uma visão unitária do Direito. É necessário, também, possuir o sentido da complementaridade inerente a essa união. As diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova (Reale, 2002, p. 21).

A disposição lógica e espacial das matérias na CF/88 leva a conclusão que o regramento da competência dos tribunais é instrumental à efetivação das garantias fundamentais, não podendo protagonizar limitação do alcance de uma cláusula pétrea.

Desse modo, proceder a alterações no funcionamento do Poder Judiciário para driblar uma cláusula pétrea, ocasionando prejuízo reflexo nas garantias dos indivíduos é ato imoral, além de uma declaração de total incapacidade de gerir a prestação jurisdicional nos moldes da constituição.

Atualmente a discussão que está sendo travada é justamente mais uma tentativa de desnaturar um direito que está expressamente inserido no rol de garantias individuais que, por sua vez é tido como cláusula pétrea por força do artigo 60, §4º, IV da CF/88.

Cumprir invocar inteligente trecho do voto do Ministro Eros Grau quando do julgamento do HC 84.078:

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).

Portanto, o mandamento de que ninguém será privado de sua liberdade nem considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é, de fato cláusula pétrea que não pode ser restringido nem por Emenda Constitucional.

Do mesmo modo, considerando que o regramento da competência dos tribunais é instrumental à efetivação das garantias constitucionais, não se pode alterá-lo para reduzir o campo defensivo dos indivíduos, visto que tal medida influiria restritivamente em direito encoberto pelo manto de cláusula pétrea.



Destarte, a execução de pena privativa de liberdade após a confirmação da sentença condenatória pela 2ª instância é medida que exige uma nova constituição para ter validade.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, percebe-se que a execução da sentença que impõe pena privativa de liberdade logo após sua confirmação pela 2ª instância é tema por demais delicado e que tem envolvido muito estudo e discussão.

Nota-se que o empenho em garantir que os condenados em 2ª instância sejam imediatamente recolhidos ao cárcere se dá em decorrência de pelo menos duas causas: a) de uma onda conservadora, que se espalhou pelo país após a ascensão de políticos de direita ao poder; b) e da insatisfação com a morosidade da justiça brasileira, que não consegue entregar a prestação jurisdicional com celeridade.

O conservadorismo que surgiu no país nos últimos tempos tem patrocinado discursos de endurecimento das punições que, de modo simplista, defendem que a solução da criminalidade no país é o simples aprisionamento dos delinquentes, como se a criminalidade do Brasil não fosse fruto de problemas estruturais e pudessem ser solucionados apenas com o enrijecimento do cárcere.

O Estado brasileiro, por sua vez, apesar de impor aos cidadãos uma das maiores cargas tributárias do mundo, demonstra terrível incapacidade de devolver uma prestação jurisdicional de excelência, efetiva e célere dentro do que desejou o constituinte originário. Ao invés de sanar sua inépcia, prefere cortar atalho e tirar do indivíduo suas garantias contra o arbítrio estatal.

No entanto, apesar de conterem fundamentos razoáveis, a profusão de estudos e pareceres que tem surgido, não se mostram capazes de fornecer uma justificativa segura para que a execução antecipada da pena seja tida como uma medida aceitável.

O presente estudo, apesar de muito breve, demonstrou que a execução da pena após a confirmação de sentença condenatória pela 2ª instância é inconstitucional; que não há como estabelecer essa medida nem por Lei Ordinária nem por Emenda Constitucional; e que somente por meio de uma nova constituição essa medida poderia ser introduzida no Brasil.



REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Paris. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 10 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. ADC 54. MPF. PGR. **Parecer nº 197399/2018**. Brasília-DF: 05 mar. 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADC54_2018.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. ADCs 43 e 44. MPF. PGR. **Parecer nº 49.068/2018**. Brasília-DF: 05 mar. 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_PARECER_ADCS_43_e_44_Execuo_Provisoria.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 de out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 06 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, 03 de out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 de out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, 11 de jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 09 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Hc nº 84078**. Relator: MINISTRO EROS GRAU. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Diário de Justiça. Brasília-DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO MELO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO MELO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 54**. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO MELO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em 10 out. 2020.

CONDENADOS DA LAVA JATO: QUEM ESTÁ PRESO E QUEM FOI SOLTO? São Paulo, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/condenados-da-lava-jato-quem-esta-presos-e-quem-foi-solto/>. Acesso em: 09 out. 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 09 out. 2020.

DIREITA FAZ ATOS POR PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA E PT POR LULA LIVRE. São Paulo, 09 nov. 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/direita-faz-atos-por-prisao-em-2a-instancia-e-pt-por-lula-livre/>. Acesso em: 09 out. 2020.

EM NOVEMBRO, SUPREMO DERRUBOU EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E LULA FOI SOLTO. São Paulo, 31 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/novembro-prisao-instancia-derrubada-lula-solto>. Acesso em: 09 out. 2020.

JUNHO DE 2013 É UM MÊS QUE NÃO TERMINOU', DIZ SOCIÓLOGA. São Paulo, 03 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44310600>. Acesso em: 09 out. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo – SP: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2012.

MAIS DE 80 CIDADES TEM MANIFESTAÇÕES CONTRA A LEI DE ABUSO E EM APOIO À LAVA JATO. São Paulo, 25 ago. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/mais-de-80-cidades-tem-manifestacoes-contralei-de-abuso-de-autoridade-e-a-favor-da-lava-jato/>. Acesso em: 09 out. 2020.

MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013 COMPLETAM CINCO ANOS: O QUE MUDOU? São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html>. Acesso em: 09 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo – SP: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador – BA: Jus Podium, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2002.

RELATOR DA PROPOSTA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA AVALIA QUE NÃO HÁ ARTICULAÇÃO PARA APROVAR O TEXTO. Brasília, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/695630-relator-de-proposta-da-prisao-em-segunda-instancia-avalia-que-nao-ha-articulacao-para-aprovar-o-texto>. Acesso em: 09 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador – BA: Jus Podium, 2013.