

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### ***Habeas corpus* - Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena" -**

**Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil -**

**Dignidade da pessoa humana -**

**Art. 1º, III, da Constituição do Brasil**

- 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 que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

- 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.

- Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

- A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes 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.

- No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52), o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil, isso porque - disse o relator - “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso a absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate de garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

- Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

**HABEAS CORPUS Nº 94.408-6-MG - Relator: MIN. EROS GRAU**

Paciente: Gilberto da Cruz Rocha. Impetrantes: Geraldo Costa de Faria e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

## Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009. - *Ministro Eros Grau* - Relator.

## Relatório

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - O paciente foi condenado pela prática dos delitos de receptação [três anos de reclusão e cem dias-multa]; adulteração de sinais identificadores de veículo automotor [cinco anos de reclusão e cem dias-multa]; e falsificação de documento público [quatro anos de reclusão e cem dias-multa], em regime semiaberto, sendo-lhe assegurada a execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença, vez que permaneceu em liberdade durante todo o curso da ação penal.

2 - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação interposta pela defesa, determinando a expedição de mandado de prisão.

3 - Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios, parcialmente acolhidos pelo TJ/MG [f. 15].

4 - Daí a impetração no Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que a execução antecipada da pena consubstancia afronta ao princípio da presunção da inocência. O *writ* foi indeferido em acórdão assim ementado:

*Habeas corpus* liberatório - Paciente condenado por receptação (3 anos), adulteração de sinal identificador de veículo automotivo (5 anos) e falsificação de documento público (4 anos) - Regime inicial semi-aberto - Sentença que condicionou a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação - Apelação exclusiva da defesa - Confirmação da condenação e determinação de expedição de mandado de prisão pelo Tribunal Estadual - *Reformatio in pejus* inexistente - Ofensa ao princípio da presunção de inocência não caracterizada - ausência de efeito suspensivo dos recursos raros - Lei 8.038/90 - Súmula 267/STJ - Execução provisória - Possibilidade - Ordem denegada.

1 - Na hipótese, o Juiz deferiu o direito de o réu apelar em liberdade e determinou que se aguardasse o trânsito em julgado para lançar o nome do réu no rol dos culpados, expedir a carta de guia e formar os autos da execução penal. Ainda que se queira extrair dessa assertiva que o Magistrado concedeu o direito de o acusado permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, essa determinação não pode ser acolhida, porque ao Juiz de primeiro grau é defeso impor ao Tribunal e às instâncias superiores a suspensão da eficácia da condenação; por isso, não há que se falar em *reformatio in pejus*.

2 - Não se deve dar essa extensão ao pronunciamento judicial de primeiro grau que permite o recurso em liberdade,

ainda que faça menção ao trânsito em julgado da condenação, porque ele está inevitavelmente vinculado ao momento processual de prolação da sentença; tal determinação, por óbvio, refere-se ao recurso contra o édito condenatório de primeiro grau, não sendo admissível que essas expressões corriqueiras da linguagem penal ganhem dimensão para além do esgotamento da instância ordinária.

3 - Assim, esgotada a instância ordinária, a expedição do mandado de prisão é mera consequência da condenação. Os recursos cabíveis a partir de então, não possuem efeito suspensivo, competindo à parte demonstrar a plausibilidade de suas alegações para sustar a eficácia do decreto condenatório, sendo de rigor a incidência da Súmula 267 desta Corte, segundo a qual, a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão.

4 - Pretender que o réu possa, por meio da interposição de sucessivos recursos, sem a cabal demonstração da viabilidade de suas alegações, decidir o momento do início do cumprimento da pena, sem dúvida seria relegar a coercitividade da atuação jurisdicional a um plano menor. É importante frisar que a própria Constituição coloca à disposição de todo cidadão, até mesmo dos condenados por delitos hediondos, mecanismos de proteção contra abusos e ilegalidades, como a Ação de *Habeas Corpus*, que possui rito célere, independente de prazo para o seu oferecimento ou exigência de qualquer natureza, capaz de reparar injustiças ou ilegalidades flagrantes eventualmente cometidas, inclusive, se for o caso, reconhecer a possibilidade de revogação da prisão; ademais, o condenado pode valer-se de medida cautelar e obter, liminarmente, caso demonstre a plausibilidade do direito alegado, o efeito suspensivo aos Apelos raros.

5 - Anote-se, por fim, que em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal *a quo*, verificou-se que já foram julgados os Embargos Declaratórios opostos em adversidade ao acórdão que decidiu a Apelação, aguardando-se o decurso de prazo para eventual interposição dos recursos especial e extraordinário.

6 - Com essa fundamentação, voto pela denegação da ordem, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário (f. 42-43).

5 - Nesta impetração alega violação dos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Sustenta que a ordem de segregação não está devidamente motivada.

6 - Alega ainda que a prisão do paciente não é cabível antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

7 - Requer a expedição de salvo-conduto que lhe assegura o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença.

8 - A medida liminar foi deferida.

9 - A PGR manifesta-se pela denegação da ordem. É o relatório.

## Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - A controvérsia destes autos diz com a possibilidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2 - Valho-me, aqui, do voto produzido no HC nº 84.078, afetado ao Pleno em 24.11.04 e liberado para julgamento há muitos meses, atinente ao tema da execução antecipada da pena:

5 - O artigo 637 do Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - 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'. (Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.)

6 - A Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 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'), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147: 'Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares'). Dispõe ainda, em seu artigo 164 - ('Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora') - que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

7 - A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

8 - Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

9 - No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

'Ação Penal - Sentença condenatória - Pena privativa de liberdade - Substituição por pena restritiva de direito - Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento - Execução provisória - Inadmissibilidade - Ilegalidade caracterizada - Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da Lei de Execução Penal - HC deferido - Precedentes.

- Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs' (HC nº 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 09.06.2006).

'Habeas Corpus - Penas restritivas de direitos - Execução antes do trânsito em julgado - Impossibilidade.

- O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida' (HC nº 86498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19.05.2006).

'Ementa: Habeas Corpus - Penas restritivas de direitos - Impossibilidade de sua execução definitiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória - Pedido indeferido.

- As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente' (HC nº 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14.12.2004).

10 - No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19.11.2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 08.04.2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18.02.2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11.03.2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 04.08.2006.

11 - Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade - indubitavelmente mais grave - enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12 - A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33 (ano 9), p. 250-251), meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: 'o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assumia natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva'. (No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 63 '[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela'.)

13 - A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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.

14 - Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de 'garantismo', na década de 80 [em 1984, precisamente - com a reforma penal - e em 1988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais marcados, na dicção de Alexandre Wunderlich ('Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada, in *Crítica à execução penal*. [org. Salo de Carvalho], Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 510'), 'pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas'.

15 - O modelo de execução penal consagrado na reforma

penal de 1984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro César Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro César Peluso, é o 'enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória'.

16 - Esse quadro foi alterado no advento da Lei nº 8.030/90, que institui normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial 'serão recebidos no efeito devolutivo'. A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei nº 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei nº 8.072/90, a 'Lei dos Crimes Hediondos', alterada em 1994 e em 1988 (Leis nºs 8.930/94 e 9.677/98). Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'. (*O salão dos passos perdidos*. 3ª impressão, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997, p. 219). Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como 'estirpe dos torpes delinquentes enrustidos que, impune, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem'. (*Meu, Do ofício de orador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 72).

17 - O casuismo do legislador na elaboração da Lei 8.072/90 é o mesmo casuismo do legislador da Lei nº 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante sequestro, notadamente os casos Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de Alberto Silva Franco, (*Crimes hediondos*: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 98-99), ao primeiro aplica-se ao segundo: 'É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90'. A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas - a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a impen-

sa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despotam na busca, atônita, de uma ética - qualquer ética - o que irremediavelmente nos conduz ao 'olho por olho, dente por dente'. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

18 - A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Ex.º no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro Sepúlveda Pertence: '[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, *data venia*, que se *hurlent de se trouver ensemble*'. Também o Ministro Marco Aurélio afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1988, da 'antecipação provisória do cumprimento da pena'. Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito (*Vide meu, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. Malheiros Editores, 2009, p. 141 e ss.), estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são teríveis, as palavras denunciam, causticamente - anoto a circunstância de o vocábulo *antecipada*, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

19 - Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, meu colega também da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: '[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inciso LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória'. (*Significados da presunção de inocência*, In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*, coordenação de José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin do

Brasil, 2006, p. 326). E, mais, diz ainda ele em outro texto: '[...] não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada'. (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 86). A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota Sidnei Agostinho Beneti, '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' (citado por Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 283). E diz Fernando da Costa Tourinho Filho (*Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2005, p. 465-466): se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 205 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado, não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento. 'A prisão - prossegue - ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória trânsita em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária [...]'.  
20 - A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis aí 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 desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. 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.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Cumpra lembrar, ademais, que esta Corte vem concedendo liminares para suspender execuções antecipadas de penas. Há ainda, nesse sentido, acórdão recente (27.03.2007) da 2ª Turma proferido no RHC nº 89.550, de que sou Relator, DJ de 27.04.2007.

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 nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-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 STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subsequentes 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 beneficiárias 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.

Concedo a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

### Voto

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, acompanho o Relator, não sem fazer ressalva do meu ponto de vista pessoal já externado no *habeas corpus* julgado na semana passada.

### Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Julgamento presidido pelo Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 10.02.2009. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes

à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.  
(Publicado no *DJe* de 10.02.2009.)

• • •