

Prisão por efeito de condenação em segunda instância



ARTIGO

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e subprocurador-geral da República, aposentado. Membro emérito do Instituto de Ciências Penais

Uma das questões mais discutidas na atualidade, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem oscilando a respeito da matéria, diz respeito ao cabimento da prisão como decorrência de condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado.

Assim é que, no julgamento do HC 126.292, de São Paulo, em 17.2.216, o plenário, por maioria de votos, mudou a jurisprudência da Corte, afirmando a possibilidade da execução da pena em caso de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Segundo noticiário da imprensa, em fevereiro de 2018, deverá ser pautado novo exame da matéria. Prós e contras – especialmente aqueles – têm sido apontados em favor da medida, dentre eles a necessidade do combate à impunidade.

Por isso mesmo, a matéria parece ter muito a ver com o Direito Penal de emergência, o que quase sempre se tem mostrado inconveniente ou danoso. E o que seria realmente emergencial, agora, não mais diria respeito à legislação, mas a decisão do Poder Judiciário¹.

Haja vista que o Conselho Nacional de Justiça veio, não faz muito, não só a adotar a ideia da execução provisória em matéria penal, mas também a instituir um procedimento para o caso, com a aprovação, em sessão plenária do dia

29 de agosto de 2006, da Resolução n. 19. O caráter emergencial da regulamentação é refletido também na circunstância de a resolução estabelecer que cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições dela, no prazo de 180 dias.

Dita Resolução n. 19, foi por nós criticada em artigo publicado no jornal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais² e no informativo “Migalhas”, com o título “CNJ avança sinal e atropela a lei” (uma alusão à usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, com a consequência de atingir em cheio a lei ordinária).

Com efeito, o Código de Processo Penal não reconhecia, e agora a Lei de Execução Penal igualmente não aceita, a execução provisória de pena privativa da liberdade. É a posição que nos parece mais adequada. Não há lugar, no crime, para uma execução na pendência de recursos, dita execução provisória, como pode ocorrer no cível, não só porque a lei dela não cuida, mas também porque se trataria de medida inadequada.

Execução provisória, com efeito, não se coaduna com o direito criminal. Levada a efeito, não teria essa provisória execução ficado irremediavelmente definitiva? Ninguém, pedido de desculpas algum, indenização alguma tiraria das costas do cidadão injustamente preso a cadeia que levou.

1 - A questão da emergência penal foi bem abordada pelo Promotor de Justiça, Fauzi Hassan Choukr, de São Paulo, em tese defendida na Faculdade de Direito da USP, de cuja banca examinadora tivemos a honra de participar.

2 - Jornal O Sino do Samuel, Belo Horizonte, nº 90, setembro/outubro de 2006, p. 6.

Executar uma pena privativa da liberdade que ainda não está definitivamente imposta, dada a possibilidade de ser a sentença reformada por força do recurso cabível é, assim, o que de mais incivilizado pode haver. Muitas vezes disso resultaria uma injustiça irreparável. Mesmo no nível, área em que não está em jogo a liberdade individual, a execução provisória, ali admitida, não chega a extremos, como já lembrou o em. Min. Marco Aurélio.

Até mesmo nas execuções fiscais, em que a Fazenda goza de privilégios, não permitiu a lei que se entregasse o ouro ao fisco antes de transitar em julgado a decisão que tiver rejeitado os embargos do executado, como expusemos em nosso *Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*.

O colendo Tribunal, porém, no julgamento acima referido, adotou, por maioria de votos, o entendimento seguinte, como está na ementa do acórdão:

“1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado”.

Como se vê, a decisão entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não fere preceito constitucional. Não chegou a pronunciar-se, porém,

na ocasião, sobre a questão da influência da lei ordinária que, como já foi dito, contém dispositivo expresso impeditivo da execução provisória.

De qualquer modo, se a lei não contempla a figura do *carcer ad poenam* senão depois de sentença condenatória transitada em julgado, impossibilitando, assim, uma prisão automática por força da condenação não ficava afastada, antes mesmo da reforma processual de 2008, que deixou claro o cabimento da medida, a possibilidade da decretação de uma prisão preventiva, ou seja, de natureza cautelar, decretável no próprio acórdão condenatório. Esta permite, com a necessária fundamentação, separar o joio do trigo, diferentemente de uma automática e ilegal execução provisória. É o que já sustentávamos em capítulo do livro *Execução Penal – Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*, coordenado pelos professores Antônio de Padova Marchi Júnior e Felipe Martins Pinto, Juruá Editora, Curitiba, 2008, p. 107-118.

Nosso entendimento teve o valioso apoio de Marcellus Polastri Lima, no seu Curso de Processo Penal (Brasília: Gazeta Jurídica, 9ª edição, 2016, págs. 834/841), que já havia bem esclarecido: “Prisão preventiva, obviamente, no sentido amplo de prisão provisória, embasada nos requisitos cautelares e não na necessidade de prisão para apelar”, ou seja, uma prisão preventiva *lato sensu*, uma prisão de cunho preventivo ou cautelar.