

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA IMPOSTA EM ACÓRDÃO
CONDENATÓRIO PENAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA: BREVES
CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS 126.292/SP**

**THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE FEATHER IMPOSED IN
CRIMINAL CONDEMNATORY JUDGMENT OF THE SECOND
INSTANCE: BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE HABEAS CORPUS
126.292/SP**

Sebastião Sergio da Silveira¹
Gabriela Rabelo Marcelino²

RESUMO

O presente artigo aborda a decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual permitiu a execução provisória da pena imposta em acórdão condenatório penal de segunda instância. Enfrentando, o novo entendimento do STF é uma afronta à legislação penal vigente e à Constituição Federal, porquanto não respeita os direitos e garantias individuais do cidadão, como o direito à liberdade e à presunção de inocência. Assim, o Supremo, que deveria ser o guardião da Constituição, julgou de forma contrária à Carta Magna, aos Tratados Internacionais, à legislação processual penal e também a sua própria jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Penal; HC 126.292/SP; execução provisória.

ABSTRACT

This article discusses the decision of the Habeas Corpus 126,292/SP, conducted by the Federal Supreme Court, which allowed the provisional execution of the sentence imposed in criminal condemnatory judgment of the second instance. However, the new understanding of the STF is an affront to the current criminal law and the Federal Constitution, because

¹ Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (1984), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). Atualmente é o 8º Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, do Ministério Público do Estado de São Paulo; Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto, onde é Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP-SP, com endereço eletrônico: gmarcelino.direito@gmail.com

does not respect individual rights and guarantees of citizens, such as the right to liberty and the presumption of innocence. Thus, the Supreme, who should be the guardian of the Constitution, judged contrary to the Constitution, the international treaties, criminal procedural law and also its own jurisprudence.

Keywords: Criminal Law; HC 126.292/SP; provisional execution.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, admitiu que a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição já autoriza o início da execução da pena, mesmo que não estejam esgotados os recursos para as instâncias especiais, como o STJ e o STF.

Para o ministro relator Teori Zavascki, a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, vez que os recursos para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas.

Nesse rumo, a decisão do Supremo Tribunal Federal ofende o Texto Constitucional, o Tratado Internacional - Convenção Americana de Direitos Humanos a legislação processual penal e também sua própria jurisprudência.

2. BREVE HISTÓRICO

O Código de Processo Penal de 1941, no artigo 393, inciso I, dizia ser efeito da sentença condenatória recorrível, o réu ser preso. Portanto, exceto se fosse o crime afiançável, o juiz, ao condenar alguém, já solicitava o mandado de prisão.

Contrariando tal dispositivo, em 1973 foi sancionada a Lei 5.941, que permitia ao réu primário e de bons antecedentes apelar em liberdade.

No entanto, em 1988, a nova Constituição dispôs no artigo 5º, inciso LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A esse propósito, em 2009, o STF no HC 84.078/MG, decidiu que era necessário transitar em julgado a sentença condenatória para que a pena pudesse ser executada. Com isso, os acusados poderiam utilizar de todos os recursos possíveis, antes de ser eventualmente considerados culpados e presos.

Inobstante o julgamento do HC 84.078/MG, o STF, neste ano, 2016, adotou novo posicionamento ao julgar o HC 126.292/SP, que, diga-se de passagem, totalmente contrário ao anterior. Vejamos.

3. DA USURPAÇÃO DE PODERES

A doutrina é uníssona ao indicar Aristóteles como o propulsor do estudo das diferentes formas de manifestação do poder estatal. Posteriormente, já no século XVI, Maquiavel retrata em “O Príncipe”, a existência de três poderes na França: o legislativo, o executivo e um judiciário.

Não obstante, Montesquieu edificou a teoria tricotômica de separação de poderes, na qual as decisões do Poder Judiciário deveriam ser uma reprodução fiel da lei para, enfim, garantir a segurança jurídica e a não ocorrência da usurpação dos poderes³.

Com efeito, no Brasil, a Carta Magna contempla o princípio da separação dos poderes como cláusula pétrea, inviabilizando a abolição desse princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disto, o princípio da indelegabilidade das atribuições aduz que cada órgão é autônomo e independente para exercer a função de sua competência, de modo que um órgão não pode exercer a competência de outro, sem a devida determinação legal.

Ressalta-se, também, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, essencialmente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal.

³MONTESQUIEU, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p.40.

No entanto, o julgamento ora analisado, ao deliberar sobre o direito à liberdade, fere o instituto da separação dos poderes, passando o Supremo Tribunal Federal a criar lei, ou pior, mitigar a aplicação da própria Lei Maior, opondo-se, também, a inteligência do artigo 60, § 4º, IV da Carta Magna, que assim dispõe:

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.

Assim, é nítido o confronto direto entre a decisão da Suprema Corte e a Carta Magna, através da usurpação do poder de legislar, bem como posicionar adverso aos direitos e garantias do indivíduo, de modo que acarreta a insegurança jurídica nas decisões jurisdicionais.

4. DA VIOLAÇÃO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como cediço, o nosso ordenamento é marcado pelo primado da Constituição sobre os demais instrumentos normativos.

Nesse ínterim, a Carta Maior garante o direito à liberdade por presunção de inocência, bem como assegura o contraditório e a ampla defesa, por meio dos recursos a ela inerentes⁴. Vejamos:

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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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

⁴CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 09 junho 2016.

No entanto, antes de dar sequência à análise do artigo 5º da Carta Magna, traçar um referencial para aquilo que se entende por princípios. Segundo De Plácido e Silva⁵:

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (...) Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Desta forma, os princípios fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional devem ser considerados paradigma para qualquer atuação do poder judiciário, principalmente quando se trata de aplicação da norma jurídica pelos tribunais.

Destaque-se, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica – do qual o Brasil é signatário – que tem como finalidade estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana. Nele está assegurado que toda pessoa tem direito “*a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa e que tem o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”.⁶

Assim, urge trazer a baila alguns exemplos de tratados internacionais que prelecionam sobre a presunção de inocência. Vejamos.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa – que é obrigatória para todos os membros da Europa-aduz⁷:

Toda a pessoa acusada de uma infração presume-se inocente até ser provado culpado de acordo com a lei.

No Canadá, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades afirma⁸:

⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

⁶ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 novembro 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 06 junho 2016

⁷ CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa. 4 novembro 1950. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acesso em: 06 junho 2016

⁸ CARTA Canadense de Direitos e Liberdades . 1982. Disponível em: http://brazilians.ca/faq_direitos.htm Acesso em: 06 junho 2016

Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumido inocente até prova em contrário nos termos da lei em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial.

Logo, na França, o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, determina⁹:

Todos são inocentes até que supostamente terem sido declarados culpados e os primeiros artigos do Código de Processo Penal dizem que qualquer pessoa suspeita ou processada presume-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido estabelecida.

Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 11, afirma¹⁰:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até provar-se culpado de acordo com a lei em um julgamento público no qual eles tiveram todas as garantias necessárias para a sua defesa .

Com efeito, o desprezo das garantias individuais não representa um avanço da dogmática jurídico-penal. Ao contrário, implica retrocesso baseado na concepção organicista das relações entre povo e Estado, refletindo na esfera da individualidade humana.

A esse propósito, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre Fernando Capez que preconiza, “*in verbis*”:

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito partedo princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência do nosso Estado.

E prossegue o renomado autor:

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto¹¹

No mesmo diapasão, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho preconiza:

A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve

⁹ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789Disponível 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: 06 junho 2016

¹⁰DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948 Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html> Acesso em: 06 junho 2016

¹¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: volume 1 : parte geral. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à proteção do processo e, em certa medida e indiretamente, da sociedade. Não previu, a Constituição, qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final fora dos casos permitidos, cautelaridade e pena?¹²

De forma cristalina, Aury Lopes Júnior, atrelado a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, aborda sobre a presunção de inocência:

[...] é princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção sejam protegidos. Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também estão ameaçados pelas penas arbitrárias [...].¹³

Segundo Borges, “o instituto jurídico da presunção de inocência impulsiona o agente de infração penal a esgotar os meios para a sustentação de sua defesa da forma mais ampla que a Constituição Federal lhe garante, através do devido processo legal e da amplitude da defesa”¹⁴

Deste modo, a permissão de encarceramento após confirmação da condenação em segundo grau, antes de esgotados todos os recursos, constitui violação ao princípio da presunção de inocência que, aliás, é uma cláusula pétrea.

Ressalte-se, também, que a presunção de inocência do cidadão não se exaure ao transcorrer das instâncias de julgamento, permanecendo incólume até que a sentença condenatória transite em julgado.

De mais a mais, a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado, após o julgamento em segunda instância, respaldada no fato de que eventuais recursos posteriores não têm eficácia suspensiva, é amplamente restritiva da ampla defesa.

Assim, é possível perceber que o indivíduo é imediatamente considerado culpado e recolhido a cárcere, mesmo que provisoriamente, desaparecendo seu estado de inocência, até

¹² CARVALHO, L. G. G. C. **Processo Penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p. 32.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁴ BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

que, futuramente, possa vir a ser declarado inocente pelo julgamento de recurso especial e extraordinário.

Acrescenta-se, ainda, que jamais a presunção de inocência pode ser tratada como algo superficial, ou seja, independentemente da situação em que o suposto autor do fato delituoso se encontre, deverá ser tratado como se inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Deste modo, o Supremo, que deveria ser o guardião da Constituição, julgou de forma contrária à Carta Magna.

Nesse raciocínio, o autor Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁵

A esse propósito,destaco outra questão:o aumento do encarceramento diante das execuções provisórias.

Explico melhor. Uma vez que os réus serão entregues à execução forçada da pena, antes de ver a sua sentença condenatória acobertada pela força da coisa julgada material, tal feito contribuirá tambémpara o aumento da população *encarcerada no Brasil* eo pior, em hipótese alguma, diminuirá a criminalidade.

Desta forma, é necessário não perder de vista o próprio entendimento do STF, que em duas oportunidades recentes, na ADPF 347 e no Recurso Extraordinário 592.581 reconheceu que o sistema carcerário brasileiro “está absolutamente falido”.

Outra questão que não se pode deixar de considerar é a preconizada no Art. 5º, inciso LXXV da CF/88 que assegura que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

¹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 451.

Desta forma, como não considerar erro a antecipação de efeitos de uma condenação que ainda não era definitiva?

Fica, portanto, cristalino que o estado de inocência do acusado deve permanecer até que sentença penal condenatória o declare culpado.

Nesse sentido Eugênio Pacelli adverte¹⁶:

O problema é que, ao contrário do juízo cível, no qual a execução provisória é precedida de garantia real ou fidejussória, a execução provisória penal não contempla semelhante possibilidade. Uma vez executada, o provimento do recurso ou a concessão de *habeas corpus* (que, aliás, são muito frequentes) nada poderão fazer em relação ao tempo de encarceramento provisório. Nesses casos, como diria o ilustre poeta lusitano, Inês é morta. E a liberdade, idem.

Diga-se, ademais, que no julgamento do HC 126.292/SP, a Corte realizou uma alteração do texto constitucional, por meio do qual buscou revalidar a jurisprudência tradicional, sob o álibi da efetividade processual.

Deste modo, ao criar um novo sentido para a expressão “trânsito em julgado”, a Corte redigitou a Carta Magna e anulou uma garantia fundamental, revelando todo seu viés realista. Até mesmo porque, na comunidade jurídica, todos sabem o que é sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, esta redefinição da expressão “trânsito em julgado”, não apenas ultrapassou os limites do texto constitucional, como cessou seu sentido originário, convertendo o referido “trânsito em julgado” em “não-trânsito em julgado”.

Deste modo, correto o raciocínio de Aury Lopes Júnior: “O STF não pode criar um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco de forma autoritária e antidemocrática”.

Assim, ao superinterpretar a expressão “trânsito em julgado”, a Suprema Corte silenciou acerca da exigência prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal.

¹⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

De mais a mais, com o julgamento do HC 126.292/SP, o guardião da Constituição operou um verdadeiro *overruling*, modificando seu entendimento acerca da matéria. E mais, para isto, empregou o argumento de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, desprezando a diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas no HC 126.292 – a presunção de inocência até o trânsito em julgado.

À guisa de exemplificação, o Código de Processo Penal Americano, em seu art. 16 dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”.

Ainda, importante ressaltar que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos.

Assim, notório ressaltar que o STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal.

À luz do expedindo, dessume-se que a Suprema Corte, ao julgar o sobredito Habeas Corpus, desconsiderou fundamentalmente os direitos fundamentais, além de provocar imensa insegurança jurídica.

5. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme se depreende do artigo 283 do Diploma Processual Pátrio:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença*

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹⁷

A expressão “ordem escrita de autoridade judiciária competente”, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo, seja em virtude de prisão temporária ou preventiva, se dá em respeito à necessidade de fundamentação da medida.

Como se observa, o artigo sobredito encontra-se ligado ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Fica, portanto, cristalino, que a norma contida no Código de Processo Penal repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República.

No entanto, e em momento algum, o relator Teori Zavascki ao proferir seu voto no julgamento do HC 126.292/SP, declarou a inconstitucionalidade do artigo supracitado, de modo que não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade.

E assim, o silêncio do relator acarretou um paradoxo no sistema constitucional de garantias que ameaça a segurança jurídica.

Isso porque, embora a referida decisão não tivesse nenhum efeito vinculante, alguns tribunais do país adotaram posicionamento semelhante, gerando inúmeras decisões que, deliberadamente, ignoram o elencado no artigo supracitado, violando, sobretudo, a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97 da Constituição.

Contudo, importante destacar que os tribunais de segundo grau não estão vinculados a essa decisão, vez que não existe nenhum dever jurídico-constitucional de obediência a ela, portanto o dispositivo que trata da presunção da inocência no Código de Processo Penal continua válido.

¹⁷DECRETO-LEI Nº 3.689 DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. **Institui o Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm Acesso em: 05 junho 2016

Com efeito, a Lei nº 12.403/11, que introduziu a atual redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, buscou, de forma clara, harmonizar o direito processual penal ao ordenamento constitucional, corroborando o princípio da presunção da inocência. Vejamos:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema [...] Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são [...] impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar.

Nesse sentido, o jurista Guilherme Nucci clarifica que a norma contida no artigo 283 do Código de Processo Penal “reproduz” o disposto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição¹⁸.

Como se não bastasse, ao optar pela não aplicabilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, os órgãos fracionários incorreram em flagrante usurpação da competência do plenário, contrariando, expressamente, a Súmula Vinculante nº 10, a qual diz:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Ademais, a Lei de Execução Penal estabelece, em seus artigos 105 e 147, o trânsito em julgado da sentença condenatória como condição de legitimação da execução das penas privativa de liberdade e restritiva de direito, *in verbis*¹⁹:

“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;

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da 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.”

¹⁸ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2015

¹⁹ LEI Nº 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 06 junho 2016

Com fulcro nos artigos sobreditos, pode-se concluir que a Suprema Corte deveria não apenas declarar a inconstitucionalidade não apenas do artigo 283 do Código de Processo Penal, mas também dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal.

Dessarte, deflui, de maneira inolvidável, quese deve no mínimo aplicar a proporcionalidade, vez que de um lado está o enorme ônus de submeter alguém ao cárcere, pessoa essa cuja presunção é de inocência, e, doutro lado, a necessidade de prendê-la provisoriamente. É por isso que o jurista Dinamarcoaduz que, ao julgador, a boa técnica de reflexão influi muito antes de tomar qualquer decisão, seja para qual lado for.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, a Constituição Federal de 1988 tem como base valorativa o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana. Assim, baseado nesse raciocínio, justifica-se a inaplicabilidade da execução provisória ante a sentença condenatória não transitada em julgado.

Ademais, considera-se uma afronta à prisão antes de uma sentença condenatória definitiva, vez que ao se banalizar as ordens de prisões processuais estar-se-á rompendo os sagrados princípios constitucionais, garantidores do cidadão brasileiro.

Desta forma, conclui-se que tal posicionamento da Suprema Corte é incompatível com a Constituição Federal e com a lei, vez que impede fundamentalmente o mecanismo de defesa processual, bem como o direito à liberdade e a presunção de inocência do cidadão.

Por fim, submeter o acusado com condenação ratificada em 2ª instância, mas não amparada pelo manto da coisa julgada, ao cumprimento de pena, não significa senão incinerar o preceito constitucional que a consagra com peremptória literalidade: “até o trânsito em julgado”. Antes dele, sujeitar o réu à execução da pena implica não apenas considerá-lo, mas concretamente tratá-lo como “culpado”!

REFERÊNCIAS

MONTESQUIEU, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p.40.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 09 junho 2016.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 novembro 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 06 junho 2016

CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa. 4 novembro 1950. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acesso em: 06 junho 2016

CARTA Canadense de Direitos e Liberdades . 1982. Disponível em: http://brazilians.ca/faq_direitos.htm Acesso em: 06 junho 2016

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789 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: 06 junho 2016

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948 Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html> Acesso em: 06 junho 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CARVALHO, L. G. G. C. **Processo Penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, p. 32

LOPES JÚNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 34.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 451.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*, 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DECRETO-LEI Nº 3.689 DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. **Institui o Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 05 junho 2016

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal comentado.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense (2015)

LEI Nº 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 06 junho 2016

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 14.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 309.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MINAGÉ, Thiago. **Da Prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória.** 1ª ed. São Paulo: Editora Edipro, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3.

DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. **Institui o Código Penal.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 07 junho 2016.

LEI Nº 8.038 DE 28 DE MAIO DE 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm Acesso: 09 junho 2016

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/> . Acesso em: 6 junho 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> . Acesso em: 6 junho 2016.

VADE MECUM. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória e outras medidas cautelares.** Leme: J. H. Mizuno, 2011.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.