

Decisão sobre “execução provisória” não é vinculante, diz ministro

“Construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada”, afirma o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal. Por isso, ele [concedeu Habeas Corpus](#) para soltar um réu que teve a ordem de prisão decretada depois de ter sua condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mas ter recurso especial pendente de análise pelo Superior Tribunal de Justiça. “Descabe inverter a ordem natural do processo-crime.”

Carlos Humberto/SCO/STF



Para Marco Aurélio, “descabe inverter a ordem natural do processo-crime” .
Carlos Humberto/SCO/STF

A liminar é do dia 16 de novembro e foi publicada no dia 18. É mais um precedente contrário à [decisão tomada pelo Supremo em fevereiro deste ano](#). Naquela ocasião, o Plenário decidiu que a prisão pode ser executada antes do trânsito em julgado da condenação. Basta esperar a decisão de segundo grau, apesar de o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No entanto, diz o ministro, aquela decisão não criou um precedente vinculante. Foi tomada num Habeas Corpus, que tem efeitos apenas entre as partes, e não pode afetar todos os casos semelhantes em trâmite no tribunal. A questão foi levada novamente ao Plenário do STF em duas ações declaratórias de constitucionalidade, mas o tribunal [negou os pedidos de cautelar](#) e não analisou o mérito do pedido — mantendo, portanto, o entendimento dominante do Plenário, explica o vice-decano.

“Ao tomar posse neste tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do país, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante”, afirma o ministro. Por isso, continua, “não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no Habeas Corpus 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro.”

“Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis”, afirma o ministro, para explicar o equívoco do Plenário ao “interpretar” o inciso LVII do artigo 5º. “A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade



perdida ao cidadão.”

Virada de jurisprudência

A decisão de fevereiro foi uma virada na jurisprudência que o Plenário mantinha intacta desde 2009. Seguindo voto do ministro Eros Grau, o tribunal entendeu que só se pode executar uma pena de prisão depois do trânsito em julgado da condenação. Antes, seria antecipar o juízo de culpa, o que viola o inciso LVII do artigo 5º da Constituição.

O precedente foi contestado em fevereiro deste ano porque o ministro Teori Zavascki afetou um HC ao Plenário, justamente para mudar o entendimento. Mas, além do ministro Marco Aurélio, os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski afirmam que não se pode considerar que houve mudança de entendimento. A jurisprudência se mantém, embora haja agora um precedente contrário.

Controle concentrado

Outro elemento argumentado por quem defende a execução antes do trânsito em julgado, que os ministros apelidaram de “execução provisória”, são as duas ADCs discutidas em outubro. Ali, os pedidos eram para que o Supremo declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

O dispositivo diz que uma pessoa só pode ser presa depois de condenada. Antes disso, só se admitem as prisões cautelares em flagrante, temporárias ou preventivas. O relator é o ministro Marco Aurélio.

Em outubro, o Supremo julgou os pedidos de cautelar nas ações. E decidiu não conceder o pedido, sem analisar o mérito. Segundo o ministro Marco Aurélio, isso significa que nada mudou, já que o tribunal não se pronunciou a respeito da constitucionalidade do artigo 283.

E o artigo, diz o ministro, foi uma forma de adequar as formas de prisão ao artigo 312 do CPP, incluído ali em 2011 — e para ajustar o código à Constituição de 1988. “Revelando ter sido essa a opção do legislador”, completa Marco Aurélio.

Pela internet

O Supremo também manifestou sua vontade de antecipar a prisão de réus em uma decisão recente, [tomada no Plenário Virtual](#). Ali, os ministros julgaram um Recurso Extraordinário com Agravo que tratava do mesmo assunto.

Pela regra regimental, o Plenário Virtual existe para a discussão sobre a existência de repercussão geral e de questão constitucional em recursos, ou para julgar agravos e embargos. Nesse caso, o tribunal analisava um agravo que reclamava contra a negação da subida de um Recurso Especial do STJ para o Supremo.



Entretanto, o que o tribunal fez foi superar o Agravo e decidir o mérito no Plenário Virtual mesmo, para “reafirmar a jurisprudência”. Para o ministro Marco Aurélio, o que os ministros vencedores de fevereiro fizeram foi uma manobra para atropelar a discussão das ações declaratórias. Com isso, diz o ministro, sobrepujaram o entendimento firmado num processo subjetivo a um processo objetivo ainda sem decisão de mérito, “confirmando que os tempos são estranhos”.

Resistência republicana

De todo modo, a decisão do Plenário Virtual se deu por seis votos a quatro. Seria por seis a cinco, observa Marco Aurélio, se a ministro Rosa Weber tivesse votado. Em fevereiro, ela também votou contra a “execução provisória” da pena. Isso mostra que o tribunal está dividido, opina Marco Aurélio.

“Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual — segundo a composição do tribunal —, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior”, vota o ministro.

“Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.”

Clique [aqui](#) para ler a liminar do ministro Marco Aurélio.

HC 138.337

Date Created

24/11/2016