

Revisão do decênio da reforma penal (1985 - 1995) (*)

Considerações sobre a "Execução provisória da sentença penal"

MAURÍCIO KUEHNE (**)
Promotor de Justiça aposentado - PR

Introdução:

A iniciativa quanto à realização de um Seminário desta envergadura é digna dos maiores encômios.

Malgrado as críticas quanto ao sistema punitivo estatal, o certo é que os instrumentos normativos existentes revelam, como bem ponderado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro⁽¹⁾ um sentido programático e um sentido pragmático. Às imperfeições necessário que se busquem os aperfeiçoamentos, de molde a, com base na experiência, tanto quanto possível, possamos ter as diferentes situações reguladas por preceitos adequáveis à realidade. É certo que "a lei não transforma a realidade, mas sem lei a realidade não se transforma", conforme acentuado por Miguel Reale Júnior, et alii.⁽²⁾

A caoticidade do sistema penitenciário nacional é flagrante. Os números existentes, conforme o último censo penitenciário nacional⁽³⁾ é estarrecedor e demonstra, consoante já salientado por inúmeras vezes, a falência da pena de prisão; por todos, vide Cezar Roberto Bitencourt⁽⁴⁾, valendo destacar palavras suas:

"Quando a prisão converteu-se na resposta penalógica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimis-

(*) - Trabalho apresentado no Seminário de Direito Penal, com o tema "Revisão do Decênio da Reforma Penal (1985 - 1995)", realizado em Porto Alegre - RS nos dias 28 e 29 de abril de 1995, promoção dos Cursos de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFRGS e PUCRS.

(**) - Professor de Direito Penal e Execução Penal.

(1) - Vide Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT vol. 8/85.

(2) - Cfe. "Penas e Medidas de Segurança no Novo Código", Forense, 1985, pág. 169.

(3) - Publicação do Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária 1994.

(4) - "Falência da Pena de Prisão" - RT 1993.

ta, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre o resultado que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade - absoluta ou relativa - de obter algum efeito positivo sobre o apenado". Cfe. ob. cit. pág. 143.

As considerações que o autor em questão continua a tecer merecem a reflexão de tantos quantos se dedicam a estudos deste jaez.

A descrença atinge de forma tão violenta as pessoas, que a abolição do sistema, como um todo, é refletido nas palavras de Louk Hulsman⁽⁵⁾:

"Se afastar do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça".

Falência declarada de um lado, contudo, com o despertar de reflexões que não possam e não devam conduzir ao extremismo. Eventos deste porte propiciam o estudo e quicá, em porvir não longo, idéias novas possam aparecer, não nos olvidando que os instrumentos de trabalho à disposição, merecem aplicabilidade.

Assim não fosse, dispensável seria debruçarmo-nos no estudo das normas vigentes.

Não é e não seria este o propósito. À luz do ordenamento vigente, sem o olvido de que as normas possam ou devam ser modificadas, mas, com os pés no chão, diante da realidade que está ao nosso lado, ousamos a uma incursão que não é nossa, mas que, dela nos tornamos adeptos. Penitenciamos-nos por equívocos, à luz da Ciência, e entendemos que nosso propósito não é causar tumulto, mesmo porque já avalizado por figuras de mais alta respeitabilidade, conforme se anota:

"Muito embora o enunciado formal da presunção de inocência possa abranger a extensão do princípio até o trânsito em julgado da sentença condenatória, em nosso sistema a executoriedade da decisão condenatória não depende da sentença definitiva, isto é, não modificável através de recurso. Com efeito, dispõe o artigo 393, I, do Código de Processo Penal que é efeito da sentença condenatória recorrível "ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança".

Como conseqüência, se o condenado é posto desde logo em prisão, antes do desfecho da eventual apelação, tem-se que, se o início de execução da pena privativa de liberdade ocorrer em regime fechado ou semi-aberto, em tal oportunidade se realizará o exame criminológico. E nem poderia ser de outra maneira, em face da natureza de tal investigação e de suas conseqüências para a classificação e individualização. O diagnóstico criminológico está para a correta execução de pena privativa de liberdade, assim como os exames clínicos e radiológicos estão para o tratamento dos pacientes da Medicina." (ob. cit. n.º 2)

Desenvolvimento do tema:

As considerações que pretendemos colocar, nesta oportunidade, não se constituem matéria nova. Ao mesmo tempo, não apresentam concordância ou uniformidade de pen-

(5) - "Penas Perdidas" o Sistema Penal em Questão. LUAM. Rio de Janeiro, 1993.

samento, entre os que lidam com a matéria penal, processual penal e de execução penal; ao contrário, os debates suscitados se renovam.

Além do referencial à obra de Reale Jr *et alii*, salvo engano, Afrânio Silva Jardim ⁽⁶⁾ teria sido uma das primeiras pessoas a escrever a respeito do assunto, enfrentando a matéria diante da Lei de Execução Penal, vigente entre nós há uma década. Adiante enfocaremos as colocações do autor nominado, com mais detalhes.

Os primeiros estudos a respeito da nova lei (execução) abordaram a questão sem que houvesse preocupação quanto aos aspectos de ordem prática.

Odir Odilon Pinto e José Antonio Paganella Boschi ⁽⁷⁾, fazendo alusão ao artigo 105 da LEP, escreveram que tal dispositivo "não difere substancialmente do artigo 674, do CPP". Ditam os dispositivos em referência:

"LEP - 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"

"CPP - 674 Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para cumprimento da pena"

Ocorre que o artigo 393, I, do CPP, atrás mencionado, vem tendo aplicabilidade. É certo que deve emanar a necessidade da permanência do réu na prisão, ou a mesma necessidade, de que deva ser preso, inobstante respeitáveis posições quanto à derrogação do artigo último referido (e também do art. 594, do CPP). Certo que a necessidade da custódia, diante do grifo efetuado, haverá de estar convenientemente fundamentada, em obediência à nova ordem Constitucional (**). Deriva daí, que a interposição de recurso por parte do réu, não pode ser interpretado como prejudicial à sua condição de preso. Não nos referimos ao recurso da acusação, posto que, seu provimento poderá alterar, de forma sensível, o mandamento contido na sentença. Nossa ótica e, tão-só, quando o recurso seja exclusivo do réu (houve o trânsito em julgado para o Ministério Público), daí extraindo-se as consequências de que o provimento pode resultar em: a) absolvição; b) minoração da reprimenda; c) anulação do feito; ou d) manutenção do que ficou decidido, vale dizer, não poderá haver qualquer prejuízo ao réu.

(6) - Direito Processual Penal, Forense, 4ª edição, pág. 389/409

(7) - Comentários à Lei de Execução Penal, AIDE, 1986

(**) - A respeito: "RHC 3.391-6/MG - RSTJ nº 58/154.156: EMENTA: RHC - Processual Penal - Artigo 594 - Inteligência - A regra é o acusado aguardar o julgamento em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Corolário do princípio constitucional da presunção de inocência. Abrem-se contudo, exceções à prisão cautelar e prisão processual. A condenação, em si mesma, é insuficiente. Ultrapassada a fase legislativa de a constrição ao exercício do direito de liberdade decorrer da natureza do delito, da cominação da pena, ou da decisão absolutória, se por unanimidade ou não. No artigo 594, CPP está subjacente o requisito da - necessidade. Inquérito policial e ação penal; em curso, em princípio, não afetam os 'bons antecedentes'. Todavia, ressalve-se a decisão judicial, ainda que sujeita a recurso, pode evidenciar a referida necessidade, dado o fato de haver passado pelo contraditório e defesa plena." O voto do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro está assim redigido: "O presente recurso traz à tona, mais uma vez, os requisitos para o réu aguardar em liberdade o trânsito em julgado do recurso de apelação. Minha posição é conhecida. A regra é o acusado aguardar em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Abrem-se exceções à prisão cautelar e à prisão processual. Esta conclusão se harmoniza com o comando constitucional da presunção de inocência. A condenação, em si mesma, é insuficiente. O Direito brasileiro já ultrapassou a fase legislativa de a constrição ao exercício do direito de liberdade decorrer da natureza do crime, da cominação da pena ou da decisão absolutória, se por unanimidade ou não. A colocação penal criminológica é outra. Tanto nas hipóteses do artigo 312 e artigo 594 do Código de Processo Penal está subjacente o requisito da - necessidade. E a necessidade se individualiza na ordem pública na instrução criminal, na executoriedade da sentença condenativa, e nos antecedentes processuais e sociais. No caso dos autos, o MM. Juiz fundamentou o decreto de prisão dos antecedentes. Ressalto a fundamentação: "... devendo ser conduzido preso deste Tribunal, por não registrar bons antecedentes, na forma do art. 594, do Código de Processo Penal, eis que pronunciado em outro processo, pendente de julgamento de recurso e pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 31)". Tenho insistido, inquéritos policiais e ações penais por si só, não podem configurar maus antecedentes. Todavia, ressalvo, desde que decisão judicial, ainda que sujeita a recurso. Neste caso, o fato passou pelo crivo do contraditório e da defesa plena conferindo, por isso, indício de conduta anterior. No caso dos autos, o pormenor foi argüido para formar a prisão processual. A decisão do Judiciário em princípio goza da pretensão de legalidade. Nego provimento ao recurso."

Não podemos conceber, à luz do princípio relacionado à presunção da inocência e quando o réu deva permanecer preso ou venha a ser, que a sua irresignação possa ser interpretada em seu desfavor. O contrário, *data venia*, é que exsurge.

Já tivemos ensejo de nos manifestar a respeito do tema, permitindo-nos, pois, a trazer à colação o que escrevemos, (*) sem prejuízo de suprimirmos outros efetivados neste ensejo. Afirmamos que não existem obstáculos à execução provisória e que:

"A tal situação conduz o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal. Ao argumento de que o dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, diante do que dispõe o art. 5º, Inciso LXV, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo ministro Moreira Alves, consignou: "Por fim, quanto à legalidade da expedição do mandado de prisão pelo acórdão que confirmou a sentença condenatória, não tem razão o parecer da Procuradoria-Geral da República, porquanto o Plenário desta Corte, ao julgar, em 26-6-91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, aliás, é perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do § 2º do artigo 27 da Lei nº 8.038/90 que determina que os recursos extraordinários e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Não há, portanto, como pretender-se que se trata de prisão ilegal, a ser relaxada, consoante o disposto no inciso LXV do artigo 5º, da mesma Constituição" (HC 69.456-MG, in RTJ 147/223)

Pela sua integral pertinência, remetemos ao estudo de Afrânio Silva Jardim: "A prisão, em decorrência de sentença condenatória recorrível", in *Direito Processual Penal*, Editora Forense, 4ª edição, pág. 389/409, onde, na parte que nos interessa, é apresentada a seguinte conclusão: "O reconhecimento da natureza de execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu." Oportunas, por igual, as colocações de Sérgio de Oliveira Médici⁽⁸⁾:

"A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade tem provocado reações contrárias da doutrina e da jurisprudência. Duas são as principais objeções à execução da sentença condenatória recorrível:

1 - A Lei de Execução Penal, em seu artigo 105, estabelece que o juiz expedirá a guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a lei somente permite a execução penal em termos definitivos.

2 - A regra constitucional da presunção da inocência obsta a execução provisória, pois a pessoa a ela submetida seria considerada culpada antes do trânsito em julgado da condenação.

Tais argumentos são insuficientes para impedir uma antecipação da execução penal, pelas seguintes razões:

1 - A LEP não proíbe, expressamente, a execução provisória. E até permite a aplicação de seus preceitos ao "preso provisório" (artigo 2º, § único)

2 - A presunção de inocência, consagrada na Constituição Federal de 1988, constitui uma garantia da pessoa humana contra o arbítrio estatal. Não pode, pois, ser interpretada a *contrario sensu*, por prejudicar o acusado.

3 - À primeira vista, uma execução provisória evidencia idéia de ilegalidade, de injustiça ou de arbitrariedade, pois a condenação pode ser desfeita em recurso. Não se deve olvidar, entretanto, que em muitos casos a execução provisória da pena privativa de liberdade será favorável ao condenado. Basta lembrar a hipótese do acusado preso provi-

(*) Vide nota 12

(8) - Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 1, nº 10, novembro de 1993

soriamente que, condenado em primeira instância, tem direito ao regime aberto desde o início da execução.

Seria correto manter-se o encarceramento do acusado, não obstante o trânsito em julgado para a acusação, com a justificativa de que deve ser respeitada a presunção de inocência dele? Com toda certeza, o condenado preferirá o início imediato do cumprimento da pena, antes mesmo do julgamento do recurso, se concedida a prisão albergue.

Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.

4 - Por último, é importante registrar que a sentença condenatória não faz coisa julgada em termos absolutos, diante da possibilidade de sua anulação ou de rescisão por meio de habeas corpus ou de revisão criminal. Daí a inevitável conclusão de que, em sentido amplo, a execução penal é sempre provisória.

Proposta:

1 - Para afastar as objeções que a expressão execução provisória tem gerado entre os doutrinadores, sugerimos o emprego da locução execução penal antecipada.

2 - A antecipação na execução da pena privativa de liberdade deve ser limitada às hipóteses em que seja vantajoso para o condenado o imediato início do cumprimento da sanção. Inaceitável, por isso, a execução provisória se o acusado puder aguardar o julgamento do recurso em liberdade.

A respeito das colocações do autor último citado (Sérgio Médici) cujas alusões atrás consignamos e de Afrânio Jardim, vide os comentários de Aduauto Suannes: "Podemos falar em execução antecipada?" - Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2 - nº 7 - julho-setembro de 1994, pág. 167/173. São tecidas considerações a respeito do que ficou decidido no HC nº 2 648-STJ, onde foi deferida a ordem, determinando-se a expedição de guia de recolhimento provisória, a fim de possibilitar ao condenado a postulação da progressão de regime. Comunga o autor, com a possibilidade de ser o acusado retirado da prisão "onde nada justifica que ele ali permaneça", contudo, não admite a progressão.^(8a) Vide, também, Revista citada, vol. 1 pág. 153/157, comentário de Leônidas Ribeiro Scholz a respeito do que ficou decidido no HC 68 572-2/130-DF, 2ª Turma STF, onde se discutiu quanto à aplicabilidade da LEP ao preso provisório, cuja conclusão é neste sentido, conforme se verá.

Interessante anotar, inobstante em votos vencidos, o que aludiram os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no HC 69.964-RJ in RTJ 147/243:

"Concluo que o Paciente tem direito à progressividade assegurada pela ordem jurídica, tendo em vista até mesmo que, indeferido o habeas corpus, relativamente à primeira causa de pedir, assentada estará a premissa de que essa prisão é provisória e, como tal, dá-se a incidência, a meu ver, do Parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.210", e: "Concedo a ordem. E também, quanto ao segundo ponto, sem mais comentários, acompanho o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Não vejo como a prisão especial, que é privilégio, que é prerrogativa, que é vantagem, possa se transformar em impedimento à progressão da pena ou, amanhã se vai dizer, até à liberdade do réu, se esgotar o tempo da pena a cumprir, no curso da prisão especial. Prisão especial é prisão: é quanto basta."

Elucidativa a Ementa ao HC nº 70 266-0 - RJ-STF, in DJU 15-04-94, pág. 8 061:

(8a) Alude o autor em referência: "Está fora de dúvida que a questão em estudo apresenta dois aspectos relevantes: a) admitindo-se, por hipótese, que cada um dos diferentes regimes prisionais se cumpra em local diverso, dada a diferença legal entre eles, de um lado, estamos diante de alguém com a justa pretensão de não se encontrar recolhido no presídio onde se encontra (pois tem o indiscutível direito de obter a progressão do regime inicial de cumprimento da pena que lhe foi imposta para regime diverso, mais brando, se se encontrasse ele em cumprimento de pena); b) de outro lado, não pode ele obter essa progressão exatamente porque a rigor ainda não se iniciou o cumprimento da pena - sendo seu encarceramento de natureza puramente processual".

"Habeas corpus. A decisão sobre os benefícios previstos na lei de Execução Penal, que são aplicáveis também ao preso provisório, é da competência do Juiz da Execução (artigos 2º, Parágrafo único, e 66 da Lei 7.210/84), não tendo praticado qualquer ilegalidade o acórdão atacado por entender não ser cabível, em embargos de declaração, o exame de pretensão dessa natureza."

Releva observar o parecer do Ministério Público Federal, apresentado nos autos em questão, onde se consignou:

"Em verdade, a Lei de Execução Penal assegura ao preso a aplicação das regras precipuamente destinadas aos condenados em definitivo (artigo 2º, Parágrafo único da Lei nº 7.210/84).

A aplicação em favor da paciente dos benefícios que o impetrante considera postergados constitui matéria de expressa competência do Juízo da Execução (artigo 66, III, "b" e "d" da Lei nº 7.210/84)."

Também: "I. Prisão preventiva: impugnação superada dada a superveniência de sentença condenatória e de decisão de segundo grau que a confirmou, sujeita a última apenas a recurso extraordinário ou especial, o que - segundo se firmou na jurisprudência do STF v.g. HC nº 68.728, Plen., 28.6.91, Néri da Silveira, LEX 170/358; HC nº 69.605, 1ª turma, 13.10.92, Gallotti, LEX 173/383; HC nº 68.968, 2ª Turma, 11.2.92, Brossard, RTJ 141/523) - contra o voto do relator -, autoriza, por si só, a prisão imediata do acusado, independentemente a demonstração da sua necessidade cautelar.

II. A prisão do condenado por decisão sujeita a recurso extraordinário ou especial, apenas porque despidos de efeito suspensivo, não tendo, por isso, natureza cautelar, configura execução provisória da condenação, o que basta para inviabilizar a fiança" (HC nº 70 798-0 - RJ - STF in - DJU - 6-5-94, pág. 10 470).

Paulo Lúcio Nogueira, in "Comentários à Lei de Execução Penal", Saraiva, 1994, 2ª edição, pág. 142/143, consigna que

"... não há execução provisória de sentença condenatória, pois a execução só se inicia com o trânsito em julgado da sentença, com expedição da guia de recolhimento para a execução." Remete a julgados para embasar seu entendimento (RT 660/292 e 649/261).

Mais adiante, entretanto, (pág. 151), admite a existência da "execução provisória da sentença" ao aduzir:

"Contudo, o que nos parece perfeitamente admissível e até mesmo necessário, havendo vagas nos estabelecimentos de regime semi-aberto, sendo o réu condenado a iniciar a pena nesse regime e tendo somente ele apelado, já que não poderá haver reforma da sentença para piorar sua situação, é que se expeça guia de recolhimento para execução provisória da sentença, como execução à regra de que se aguarde o trânsito em julgado da decisão para expedir-se a guia de recolhimento para execução definitiva."

Mirabete, ob. cit. ao referenciar julgado contido na RT 625/277 entende que o juiz da condenação é o competente para apreciação do pedido, "quando ainda não se operou o trânsito em julgado da decisão." Enfatiza que "entendimento diverso implicaria tratamento mais severo para o preso provisório do que o submetido o condenado" (pág. 296, 3ª edição).

As implicações de ordem prática são várias. Como poderia o Juiz sentenciante executar se não dispõe dos autos do processo? (remetidos que foram à instância superior).

Ora, sendo aplicável ao preso provisório os ditames da LEP, quando de recurso exclusivo deste, seria expedida guia provisória para a execução, com expressa menção nos autos. A nosso ver, nada obsta que o Juízo sentenciante decida a respeito dos diferentes direitos eventualmente outorgáveis ao réu. Aliás, a tendência gradativa deverá ser neste sentido, devendo os diferentes Juízos executarem as penas dos réus custodiados em estabelecimentos sob a responsabilidade do Juízo da condenação. É mera questão de vontade política. O 1º Simpósio Nacional sobre Execução Penal, a cujas conclusões remetemos,

discutiu o assunto em pauta, entendendo viável a execução pelo próprio Juízo sentenciante, conforme ali se encontra descrito

Sabido que existe um vasto contingente de réus presos, aguardando decisão de recurso. Propõe-se, à falta de regulamentação, que os pedidos visando progressão de regime, livramento condicional, etc sejam formulados junto ao Juízo de execução ou ao próprio Juízo prolator da sentença, instruindo-se com cópia da decisão condenatória e certidão comprobatória quanto à interposição de recurso exclusivo do réu - prova do trânsito em julgado para a acusação -, sem possibilidade de *reformatio in pejus*. Recomendável, também, o atestado de permanência e comportamento carcerário, além de outros informes (artigo 106-LEP). Desconhecemos precedentes no Paraná⁹. É tempo de provocar. Não é demasiado lembrar que o recurso próprio de eventual decisão denegatória é o Agravo. Por força da prevenção, o órgão julgador na instância *ad quem* deverá conhecer de eventual irresignação. Quem sabe não seja, ao menos, uma solução para agilizar os recursos? O tempo dirá.

Para remate final: qual a razão de os diferentes decretos concessivos de Indulto e Comutação (incidentes de execução) expressarem que a concessão "aplica-se ainda que a sentença esteja em grau de recurso interposto pela defesa." (?)

Vide, a respeito: Decretos nºs 1.242 (15.9.94); 953 (8.10.93); 668 (16.10.92); 244 (28.10.91); 99.915 (24.12.90); 98.389 (13.11.89), dentre outros.

Ora, admitindo-se, como se admite, e aí parece que não há discordância, que o acusado deva permanecer preso, ou possa vir a ser, em excepcionalíssimas situações, necessário que se extraia as lógicas consequências dentro do sistema colocado nas mãos do intérprete.

Assumem relevo, a nosso ver, as premissas salientadas por Sérgio Médici, assim como as colocações de Afrânio Silva Jardim " a prisão em decorrência de sentença penal recorrível não tem a natureza cautelar, tratando-se de execução provisória da pena." Reconhece o autor último os posicionamentos contrários¹⁰ contudo, conforme atrás aludimos, a execução provisória nenhum prejuízo traz ao réu.

Demais disso, salienta Afrânio Silva Jardim que as características próprias da tutela cautelar (accessoriedade - preventividade - instrumentalidade hipotética e provisoriedade) não estão presentes quando se trata de "prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível". A oposição que se efetua a tais colocações, sem dúvida, é da mais alta respeitabilidade.

Na esteira das colocações já referidas, Leônidas Scholz, em comentários à decisão do STF no HC 68 572-2/130, j. em 14-5-91, relator o Min. Néri da Silveira, diz:¹¹

"Acentuada relevância - jurídica e, sobretudo, prática - encerra o julgado em pauta, conduzido pelo voto do eminente Ministro Néri da Silveira. Primeiro, por afastar o preciosismo formal no qual se consubstancia o entendimento de que a progressão de regime prisional pressupõe a existência de execução penal definitiva, a qual, por seu turno, depende da expedição da guia de recolhimento e, pois, nos termos do artigo 105 da Lei de Execução Penal, do trânsito em julgado da condenação para acusação e defesa.

Elimina esse expressivo pronunciamento da Suprema Corte, com efeito, o manifesto e inaceitável contra-senso caracterizado pela vedação da progressão de regime prisional, enquanto não julgado o seu recurso, ao acusado preso e com situação penal insuscetível, em face do trânsito em julgado da condenação para o órgão acusatório, de agravamento. Debela-se, assim, o paradoxo que se define na equação a teor da qual a utilização de tão importante instrumento do direito de defesa, o recurso à superior instância, prejudica

(9) - Em 23 de fevereiro de 1995 foi julgado o *Habeas Corpus* nº 75.575 3, 4ª C.Cr.TA-PR, assim ementado: "*Habeas Corpus* - Preso Provisório - Expedição de guia de recolhimento - denegação a pretexto de que não houve o trânsito em julgado da condenação - Processo pendente de recurso especial - obstáculo inexistente - ordem concedida. Referindo-se a LEP, expressamente, quanto à sua aplicabilidade ao preso provisório, inexistem obstáculos à expedição da guia de recolhimento em caráter provisório". (O Ministério Público, opinando favoravelmente à concessão do *Habeas Corpus* invocou o contido no HC nº 2 6004 940129351, STJ 6ª T. DJU 15.8.94)

(10) - Por todos, cita Romeu Pires de Campos Barros - *Processo Penal Cautelar* - Forense 1982. pág. 275/278.

(11) - Vide "*Revista Brasileira de Ciências Criminais*" vol 1/153-157.

gravemente o acusado ao mantê-lo à margem da possibilidade de, nesse entretempo, poder galgar regime penitenciário menos severo, obrigando-o a permanecer submetido, o mais das vezes, indefinidamente, a condições prisionais em larga medida mais rigorosas do que aquelas inerentes ao regime compatível, qualitativa e quantitativamente, com a reprimenda imposta."

O julgado em questão está assim ementado:

"*Habeas Corpus* - Preso provisoriamente - Lei nº 7 210/1984, artigo 2º.

Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto pelo réu, ora paciente. Pretensão a progredir do regime fechado para o semi-aberto. *Habeas Corpus* deferido, em parte, para que o paciente possa gozar do benefício da progressão para o regime semi-aberto, afastada, porém, a possibilidade da prisão-albergue domiciliar, na hipótese de não existir estabelecimento apto à execução da pena em prisão especial no regime semi-aberto. Precedente do STF, no HC 68 118-2/SP."

STF HC 68 572-2/130-DF 2ª T - j. em 14.5.91, rel. Néri da Silveira.

Vale referir que o Ministério Público Federal posicionou-se favoravelmente à pretensão, embora em parte, mas no ângulo do que ficou decidido.

Outras posições merecem destaque. Já aludimos ao que dizem Paulo Lúcio Nogueira e Júlio Fabbrini Mirabete, quando transcrevemos trecho de nosso livro¹² Da Silva & Boschi (ob. cit.) consignam à pág. 21:

"Atento ao princípio constitucional da igualdade, a Lei de Execução consagra idêntico tratamento ao condenado definitivo e ao preso provisório, mesmo que oriundos de justiças especializadas, como a Eleitoral ou a Militar. Recolhidos a um mesmo estabelecimento prisional, não haveria como dispensar-lhes tratamento diferenciado, inclusive no que tange a seus próprios direitos."

Queremos crer que não estariam contemplados aí apenas os direitos referidos no artigo 40 da LEP, mas todos os que exsurgem da condição de preso, vale dizer, utilizar-se das normas existentes para auferir condições mais brandas na execução da pena (ainda que provisórias), preenchidos os requisitos legais.

Júlio Fabbrini Mirabete¹³ em se referindo ao artigo 2º, parágrafo único da LEP alude que:

"Diante de tal dispositivo, deixou de existir a dúvida criada durante a vigência do ordenamento jurídico anterior sobre a competência e as atribuições do juízo da execução penal comum na hipótese." Ao abordar o asseguração da LEP aos presos provisórios esclarece que:

"Durante a tramitação do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal tentou-se a aprovação de uma emenda para a exclusão do preso provisório do âmbito das normas da LEP sob fundamento de que em relação a ele não há que se falar em execução penal. Refutou-se tal idéia no parecer da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados afirmando-se que as normas de execução estão permeadas de dispositivos de direito material, aplicáveis, indubitavelmente, ao preso provisório, como as dos artigos 12 a 24, 39, parágrafo único, 40 e 42, 44, parágrafo único, etc" (pág. 47)

Analisando o artigo 112 da LEP, muito embora aluda que:

"A sentença penal condenatória transitada em julgado constitui-se no título executivo necessário e imprescindível ao processo de execução penal" (pág. 262, 5ª edição, cit.), leciona:

"Competindo a decisão ao juiz encarregado da execução, não se pode recorrer à superior instância sem que se provoque a manifestação do Juízo de primeiro grau. Impede-se, assim, a concessão da progressão através do pedido de *habeas corpus*. É admissível, porém, a apreciação do pedido pelo juiz da condenação quando ainda não se operou o

(12) - *Doctrina e Prática da Execução Penal* - 2ª edição - Jurua - Curitiba 1995.

(13) - *Execução Penal* Atlas 5ª edição 1993.

trânsito em julgado da decisão e, por força da detração e demais requisitos, faz jus o réu ao benefício (RT 625/277). Entendimento diverso implicaria tratamento mais severo para o preso provisório do que o submetido o condenado. Como a progressão é regulada integralmente na Lei de Execução Penal, o recurso cabível da decisão é o agravo em execução.

Roberto Gomes Lima e Ubiracir Peralles⁽¹⁴⁾ de forma enfática aduzem:

Avaliação à parte merece o preso provisório por sentença condenatória recorrível em que apenas a defesa interpôs recurso, senão vejamos:

Analisam a legislação do Rio de Janeiro, concluindo que:

“ a execução provisória ou a aplicação da Lei de Execução Penal aos presos provisórios passa para o juízo da cognição ou onde correu a ação penal.” Destacam que:

“Assim, aos presos provisórios por sentença condenatória com interposição de recurso unicamente pela defesa, em razão da impossibilidade da *reformatio in pejus*, aplicam-se todos os dispositivos da Lei de Execução Penal destinados aos presos definitivamente condenados”

Oportunas, repita-se, as colocações de Aduato Suannes⁽¹⁵⁾ às quais nos reportamos, onde transcreve o Acórdão ao HC nº 2.648-9-RJ do qual se extrai matéria pertinente às considerações que estamos efetivando, com a posição doutrinária, por igual, de Paulo Lúcio Nogueira.

A jurisprudência, não diríamos de forma iterativa e pacífica, mas com vasta gama de julgados, tem acolhido a tese que entendemos perfeitamente adequada, não só porque tende, apenas e tão-somente a beneficiar o réu, mas também porque, dentro de uma interpretação sistemática põe em realce o contido no artigo 2º, parágrafo único da LEP.

Aliás, é um verdadeiro paradoxo a discussão que se trava. De um lado, a invocação ao princípio relacionado à presunção de inocência, num posicionamento aberto em defesa dos acusados; de outro, a defesa destes, a fim de que não sejam postergados os direitos assegurados pela LEP quando se tratam de presos provisórios. Situações, reafirme-se, que só tendem a beneficiá-los.

Vê-se, de diferentes julgados, que a condição do acusado é exaltada, não se permitindo a execução em homenagem à presunção de inocência.

Por outro lado, admite-se a prisão cautelar ou processual, embora repelida por inúmeros segmentos que reconhecem, entretanto, que a sua necessidade, deverá estar, **quantum satis**, motivada e fundamentada.

De várias situações já submetidas aos Tribunais, destacamos:

1 - “O princípio da presunção de inocência, preexistente à Constituição de 1988, formalmente por ela proclamado, impede a execução provisória da sentença penal. Impõe-se ocorrência da coisa julgada. Até então, inexistente sentença firme, como escrevem os autores da língua espanhola. Não se esgotou, pois, a plenitude do exercício do direito de defesa. Viável somente prisão cautelar ou processual” (STJ - HC 1 714-5-RJ - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 7.6.93, pág. 11.273).

Como embasamento à decisão em referência, as manifestações de seu próprio relator, Ministro Vicente Cernicchiaro (v. nota 1).

“Passo, por fim, ao último tópico da exposição, ou seja, início do cumprimento da condenação penal.

O tema invoca o dispositivo constitucional da presunção de inocência (artigo 5º LVII). Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não surge o **status** de condenado.

A jurisprudência, **data venia**, não tem seguido à risca esse mandamento da lei maior. Prefere aplicar princípios de Direito Processual, ou seja, executa-se a sentença condenatória, se o recurso não contiver efeito suspensivo.

(14) - “Teoria e Prática da Execução Penal”. Forense, 1995.

(15) - “Revista Brasileira de Ciências Criminais” RT nº 7/167 e scgs.

Assim, tem-se mantido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora já se manifestem doutos votos dissidentes.

Com efeito, o título executório reclama trânsito em julgado. Conclusão oposta gera flagrante contradição no Direito.

A execução provisória, no processo civil, reclama caução do exeqüente, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor. Apesar disso, não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro (CPC, art. 588, I e II).

Na execução penal, está em jogo a liberdade, bem mais valioso do que o patrimônio. Este, no caso de reforma do julgado, será compensado por perdas e danos. A liberdade, no entanto, pode tornar-se irreversível.

A solução, buscando resguardar a eficácia do decreto condenatório, é outra. Está nas cautelas, especificamente, na prisão processual. Em havendo o **periculum in mora** evidente, tomar-se-á medida rigorosa.”

Não vemos, como tal linha de argumentos, possa se dissociar de uma interpretação que só tende a favorecer ao réu.

Em recentíssima decisão (HC 3 116-RJ - STJ - DJU 3.4.95, pág. 8.146), contando com o aval do Ministro Cernicchiaro, o STJ, reafirmando outras decisões já prolatadas, principalmente da lavra do Ministro Adhemar Maciel, ementou:

I -

II - A LEP, que se aplica também ao “preso provisório” por força do parágrafo único de seu artigo 2º, fala no artigo 105 em expedição de guia de recolhimento quando houver transitado em julgado a sentença condenatória. Tal dispositivo tem de ser interpretado em harmonia com todo o sistema jurídico. Refere-se, evidentemente, à “sentença transitada em julgado” ou seja, ao caso julgado e não à coisa julgada. “Basta a existência do “caso julgado”, como aconteceu **in casu**. É a lição de Eduardo Espínola Filho. Ninguém pode ficar prejudicado por utilizar-se de recursos permitidos legalmente. É direito assegurado na própria Constituição Federal.”

Novamente buscamos os ensinamentos de Afrânio Silva Jardim, já tão mencionado, quando assim se manifesta:

“Nota-se uma incontida repulsa dos mais renomados especialistas em admitir, no processo penal, a chamada execução provisória, tão comum no processo civil. Alguns vêem na execução provisória penal um instituto prejudicial aos réus, que começariam a cumprir pena antes da apreciação de seu recurso pela superior instância.

Assim, torna-se imperioso afastar essa falsa impressão, incorporada à doutrina do Direito Processual Penal, resultante mais de uma visão errônea dos efeitos do instituto do que de uma interpretação científica e sistemática do processo.”

Conclui, na parte que nos interessa, repetindo-se as expressões:

“e) O reconhecimento da natureza da execução provisória à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível permite ao réu se beneficiar dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal, mesmo antes da apreciação do seu recurso. Assim, o exercício do direito de recorrer não prejudica a situação processual do réu.”

Dentro de uma perspectiva que também atinge o objetivo que colimamos, a posição de Maria Lúcia Karam ao admitir, de forma excepcional, uma execução provisória, repelindo, contudo, qualquer embasamento, como efeito da sentença condenatória recorrível⁽¹⁶⁾. Enfatiza que, em qualquer situação, a necessidade da prisão precisa estar demonstrada. Convém que se transcreva parte do que afirma a nominada:

“Demonstrada esta necessidade, através da presença de fatos (e não simples presunções, como a reincidência, a quantidade da pena, ou a natureza do delito pelo qual foi o

(16) - “Prisão e Liberdade Processuais” in Revista Brasileira de Ciências Criminais vol 2/8393

réu condenado) reveladores da existência do **periculum in mora** e, aí sim, mantida ou decretada a prisão, se poderia admitir uma execução provisória da pena imposta na sentença, de modo a permitir que o réu eventualmente se beneficie dos direitos (a progressão ou o cumprimento inicial em regime aberto ou semi-aberto, o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho, etc.) reconhecidos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7 210/84).”

Mais adiante, assinala que tal afirmação é feita

“ pela intuitiva razão de que uma garantia não pode funcionar em prejuízo daquele que se pretende garantir...”

Acrescenta, ainda:

“Para concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, como também para o efetivo exercício da ampla defesa, impõe-se o entendimento de que, em princípio, há que ser dado efeito suspensivo a todo recurso do réu contra sentença penal condenatória (não só a apelação, mas qualquer recurso, inclusive o especial e o extraordinário), nada obstando que, uma vez demonstrado o **periculum in mora** e assim presente a necessidade da prisão (de inafastável natureza cautelar), sendo esta efetuada, excepcionalmente se retire aquele efeito do recurso, para a única razão de permitir que o réu então preso se beneficie de uma igualmente excepcional execução provisória da pena, restabelecido o efeito suspensivo do recurso por ele interposto caso seja esta execução interrompida por uma eventual fuga.”

Não se pretenda ver, na exposição, a defesa de instrumentos que não estariam albergados pelo novo mandamento constitucional. Independentemente de aspectos tais, que já mereceram estudos aprofundados - nota última citada - Maria Lúcia Karam - indispensável a leitura da excelente monografia de Luiz Flávio Gomes⁽¹⁷⁾.

Na introdução ao desenvolvimento do tema proposto, objetivamos chamar a atenção para uma realidade que está a nosso lado

No cotidiano, as notícias relacionadas aos diferentes problemas penitenciários estão a preocupar. Já não é novidade que as diferentes Unidades da Federação apenas demonstram preocupação quando ocorrem as rebeliões, motins, revoltas, mortes, reféns etc. Aparecem, nessas ocasiões, aqueles que são execrados pelos meios de comunicação, como também outros que são exaltados, quando logram, sem que haja violência, minimizar o quadro de revolta.

O último censo penitenciário anota 12 468 presos, a nível de Brasil, em situação provisória. Afora tal número, outros 4.618 não estão com situação definida. O pior: 42.954 pessoas cumprem pena irregularmente em Delegacias de Polícia ou Cadeias Públicas das Secretarias de Segurança. Somados tais números, encontraríamos aí, em situação irregular, número compatível com a capacidade carcerária brasileira.

Urge, pois, que medidas sejam tomadas, precisamente num momento de reflexão, de estudos, acerca de novos instrumentos de ordem penal, em nosso ordenamento jurídico.

Não há como fugir da realidade quando é salientado que a prisão avilta, deturpa, degenera, conspurca, transforma o ser humano em animal.

Nossa experiência na área da execução penal não se restringiu a cinco anos de convivência com os diferentes processos relacionados à execução da pena. Durante 11 meses dirigimos a Colônia Penal Agrícola Manoel Ribas, unidade de regime semi-aberto, onde procuramos implantar filosofia adequada aos postulados do regime em semiliberdade. Incrementamos o trabalho externo, ensejando a que, em curto espaço de tempo (ao assumirmos a Direção da Unidade) não mais do que 5 presos prestavam serviços externos, mais de uma centena de condenados (quase 200) usufruísem de tal modalidade laborati-

va, embora percebendo salário mínimo. Se continuassem na unidade, os problemas disciplinares se avultariam, e o propósito ressocializador e reintegrador (se é que existe) não ensinaria qualquer tentativa de, ao menos, pensarmos em meios preparatórios.

A semente que lançamos, felizmente, produziu frutos, eis que o índice de ociosidade mantido já há alguns anos na unidade referida é zero.

As diferentes notícias que ouvimos, relacionadas a presos com situação executória parcialmente definida (pende recurso apenas da defesa), e a não outorga dos direitos assegurados pela LEP, no que tange à progressão de regime, livramento condicional, etc. apenas colocam tais pessoas em nível de extrema revolta.

Indague-se a qualquer preso, dos cubículos infectos das delegacias, distritos policiais, etc., quanto à pretensão de usufruir de direitos assegurados aos “definitivamente condenados” e veja-se qual a resposta.

De nada valerá o apregoamento de que não se executa a pena a que foi condenado, diante da sua presumível inocência, para não obrigá-lo a sujeitar-se a uma condenação ainda não definitivamente apurada. Isto é o que pouco importa, pois quem conhece, ainda que superficialmente, o “sistema” prefere que se sujeite (e o preso dirá o mesmo) o homem a uma execução, quer seja antecipada, provisória ou rótulo que se lhe empreste, mas, ao menos, dentro de uma perspectiva de mais humanidade. Malgrado as deficiências (e são muitas), indubitavelmente, o recolhimento em unidades do sistema penitenciário condiz mais com a dignidade da pessoa humana do que seu “depósito” em antros infectos das delegacias, distritos policiais, etc.

O ideal é que não houvesse preocupações desta ordem. Os investimentos no setor penitenciário avultam e o Estado deixa de aplicar em outras obras sumamente importantes: escolas, habitação, saneamento básico etc.

Inexistentes, por ora, outras perspectivas, necessária a convivência com este que, segundo alguns, é um mal necessário, qual seja, a prisão.

Nossa proposta, pois, na linha dos argumentos expendidos, e acorde com inúmeras decisões, é no sentido de que a execução provisória ou antecipada, a pedido do próprio preso (quando sua prisão estiver convenientemente fundamentada e dentro da estrita necessidade), trãnsita em julgado a decisão para o Ministério Público, seja efetivada, expedindo-se a guia de recolhimento, provisória, conforme atrás salientado, cabendo a disciplina, no que concerne à competência para a execução, aos Estados respectivos.

A Lei atual, em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário, não proíbe o que procuramos salientar, ao contrário, contempla os mecanismos adequados.

(17) - ‘Direito de Apelar em Liberdade’ - RT 1994