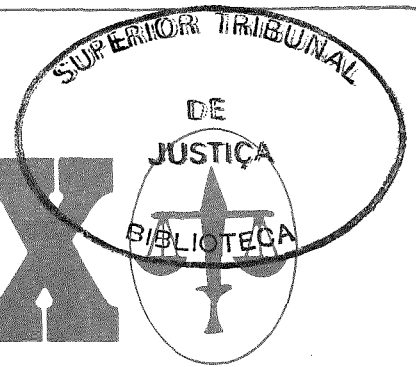


*informativo*

# CONSULEX



ANO XI - Nº 7

BRASÍLIA, 17 DE FEVEREIRO DE 1997

EDIÇÃO SEMANAL

## SEÇÕES

DOUTRINA .....	184
INDICADORES .....	190
JURISPRUDÊNCIA .....	175
LEGISLAÇÃO .....	177
PONTO DE VISTA .....	178

## DOUTRINA

### Um Tributo de Respeito aos Jurisdicionados

*Sérgio Alberto de Souza - (Página 184)*

### Execução Penal

*Luiz Vicente Cernicchiaro - (Página 182)*

### Os Contratos de Utilização dos Navios no Direito Brasileiro. O Projeto de Código de Navegação Comercial de 1951

*Walmir Oliveira da Costa - (Página 181)*

## PONTO DE VISTA

### Reeleição Presidencial Face à Tradição Brasileira. Uma Idéia Neoliberal?!

*Edson de Arruda Camara - (Página 178)*

## PENAL

## Execução Penal

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (\*)

O anteprojeto de Código Penitenciário, nos idos de 1933, com a colaboração do saudoso professor Canuto Mendes de Almeida, visava a conferir autonomia à execução penal. O intento não foi realizado. O Código de Processo Penal, em linha oposta, manteve a execução como fase do processo de conhecimento. E mais do que isso: reeditada a índole meramente administrativa.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, parte do plano de renovação legislativa idealizado pelo então ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel – introduziu importantes inovações. Em primeiro lugar, estabeleceu nítida distinção entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Expressivo, nesse sentido, o disposto nos artigos 1º, 2º e a solene redação do art. 194: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução”.

Coloca-se importante interrogação: em que momento se torna viável a execução da pena? A pergunta é relevante; a Lei de Execução estatui no art. 105 que tal se dá transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade.

O trânsito em julgado ocorre quando a sentença não mais for suscetível de recurso. Impróprio distinguir recurso ordinário e recurso extraordinário (aqui compreendido o recurso especial).

A Constituição de 1988 formalizou o que estava implícito nas congêneres anteriores, isto é, o princípio da presunção de inocência. Implícito porque antes da sentença cumpria respeitar os princípios do contraditório e da defesa plena. Ganha, entretanto, extensão maior, enfatizando o termo *a quo*, da execução da pena.

Leone, in *Elementi di Diritto e Procedura Penale*, 3ª ed., Jovene, Napoli, 1972, p. 268 e seguintes, elabora o conceito preciso do princípio, reportando-se à Constituição da Itália (art. 27, 2º), e esclarece: durante o processo, não existe um culpável, um réu, apenas um “imputato” (o vocábulo indica a pessoa a quem se promove a imputação); na tradução para a língua portuguesa não se pode apontar como réu; imputação se faz de alguma coisa a alguém. A condição jurídica de culpável ou condenado pressupõe processo com trânsito em julgado. A Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem registra: “Qualquer pessoa acusada de um crime é presumida inocente enquanto a sua culpabilidade não estiver legalmente definida” (art. 6º, nº 2).

Assim, o título executório penal é a sentença condenatória transitada em julgado. Franco Cordero mostra-se incisivo ao escrever: “A nossa lei ignora a execução de condenação recorrível” (*Procedura Penale*, 3ª ed., Giuffrè, Varese, 1974, p. 533).

Nesse quadrante, o art. 669 do Código de Processo Penal foi afetado. Não mais há que fazer-se diferença entre crime afiançável, ou não, ou distinguir infrações pela cominação da pena.

Igualmente importante conferir a exata extensão do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, que, ao disciplinar o Recurso Extraordinário e Recurso Especial, estatui que “serão recebidos no efeito devolutivo”.

Como o que conta é a interpretação sistemática, a fim

de a Constituição não restar letra morta, implícita se evidencia uma ressalva: desde que não se trate de condenação penal. A Carta Política fala mais alto do que o legislador ordinário.

Evidencia-se imperfeita conclusão diferente. A execução provisória é inconciliável com o princípio da presunção de inocência. Não faz sentido impor o cumprimento de pena a alguém enquanto amparado pela dita presunção. E a contradição avulta ainda mais quando se compara a execução penal com a execução cível. Aqui, admitida provisoriamente, a lei resguarda direitos do executado; impõe responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor (CPC, art. 588, I); não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro (II) e fica sem efeito sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução, restituindo-se as coisas no estado anterior (III).

Se assim é, relativamente à preservação do patrimônio, não podendo o Direito, como sistema, apresentar contradição lógica, como admitir-se a liberdade, bem jurídico maior, ser afetada por sentença sem a qualidade da coisa julgada?

Não se pode confundir a hipótese com os casos de prisão cautelar. Esta repousa em outras bases; configura medida assecuratória e, por isso, se antecipa à decisão sujeita a recurso. Em sendo caso de atender-se ao *periculum in mora*, o ordenamento confere o meio adequado e eficaz.

Não é crível executar-se a sanção penal (não se confunde com a sanção cautelar), podendo a condenação ser cassada mediante recurso.

A liberdade, ao contrário do patrimônio, não é mensurável em moeda corrente no país. Inviável, por isso, promover a execução enquanto o julgado não se der por sentença firme, como se expressam os escritores de língua espanhola.

A Lei de Execução, como dito, é imperativa no 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”.

Assim, a lei específica, literalmente, impõe, como pressuposto da execução, o trânsito em julgado. Aliás, nesse particular, repisou o comando do art. 674 do Código de Processo Penal.

O tema ganha importância, nem sempre levada em conta, porque o *status* de condenado impõe sérias consequências; avulta o tratamento de rigor penitenciário, notadamente para quem inicia o cumprimento da pena no regime fechado. E mais. A individualização da pena desdobra-se em três fases bem distintas. A aplicação resulta da fixação *in concreto*, o que se dá com a sentença, evidente, transitada em julgado. Até então, só há hipótese de trabalho. Executá-la só é possível quando definida a situação jurídica. Assim, ajustar-se-á também à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2), que se harmoniza com a nossa Carta Política (art. 5º, LVII).

(\*) O autor é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília.