



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ**  
**ANA KARINE SERRA LEOPÉRCIO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**  
**PRIVATIVA DE LIBERDADE**

**FORTALEZA – CEARÁ**

**2007**

Ana Karine Serra Leopércio

## **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientadora: Profa. Ms, Maria Magnólia Barbosa da Silva

Fortaleza – Ceará

2007



**Universidade Estadual do Ceará - UECE**

Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

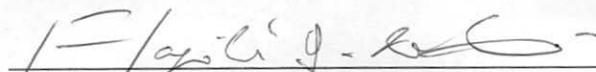
## **COMISSÃO JULGADORA**

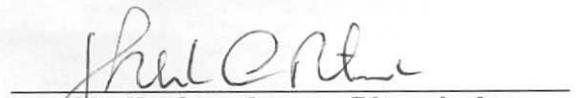
### **JULGAMENTO**

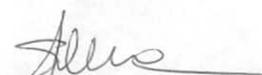
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Ana Karine Serra Leopércio  
Monografia: Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade  
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal  
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002  
Portaria: 51/2007  
Data de Defesa: 25/6/2007

**Fortaleza (Ce), 25 de junho de 2007**

  
**Maria Magnólia Barbosa da Silva**  
*Orientadora/Presidente/Mestre*

  
**Sheila Cavalcante Pitombeira**  
*Membro/Mestre*

  
**Silvia Lúcia Correia Lima**  
*Membro/ Mestre*

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo analisar a possibilidade jurídica da execução provisória da pena aplicada aos réus presos, cuja condenação ainda é pendente de julgamento de recurso interposto pela defesa ou pela acusação. Para tanto, foi realizado primeiramente um estudo acerca da coexistência jurídica entre o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar, analisando os diversos tipos de custódias cautelares existentes, em especial, a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível. Depois, foi analisada a viabilidade jurídica da execução provisória da sentença condenatória ainda não transitada em julgado, confrontado os dispositivos legais existentes com a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, ressaltando ainda os projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. Posteriormente, foi dissertado acerca das controvérsias que giram em torno da execução provisória da pena quando a sentença condenatória está na dependência de julgamento de Recursos interpostos pela defesa, pela acusação e sem efeito suspensivo, analisando cada um separadamente e ilustrando o posicionamento dos principais Tribunais Pátrios. Em seguida, verificada na prática judiciária a existência de execução provisória da pena e sendo ela benéfica ao réu preso, foram analisados quais os benefícios previstos na Lei de Execuções Penais que poderiam ser aplicados ao condenado provisório. Por fim, foi feito um estudo acerca do Juízo Competente para aplicar tais benefícios, haja vista a controvérsia então existente na jurisprudência se a competência para apreciar os incidentes da execução da sentença condenatória não transitada em julgado seria do Juízo da condenação, da execução ou do Tribunal onde o recurso estava sendo processado. A metodologia utilizada foi eminentemente a pesquisa bibliográfica, com ênfase para a literatura especializada em direito penal e processual.

Palavras chaves: Sentença Condenatória Recorrível. Prisão Cautelar. Antecipação de Tutela. Execução Provisória. Pena. Direitos Presos.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X PRISÃO CAUTELAR.....</b>	<b>10</b>
2.1 Da Prisão em virtude de sentença recorrível.....	16
<b>3 DA VIABILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO.....</b>	<b>21</b>
<b>4 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO DA DEFESA.....</b>	<b>26</b>
<b>5 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO DA ACUSAÇÃO.....</b>	<b>30</b>
<b>6 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO.....</b>	<b>35</b>
<b>7 REPERCUSSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL: BENEFÍCIOS QUE PODEM SER CONCEDIDOS AO RÉU CONDENADO.....</b>	<b>39</b>
7.1 Progressão de Regime.....	41
7.2 Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.....	44
7.3 Suspensão condicional da pena- sursis.....	45
7.4 Outros Direitos.....	45
<b>8 DO JUÍZO COMPETENTE PARA APLICAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....</b>	<b>47</b>

9 CONCLUSÃO.....51

REFERÊNCIAS.....56

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema carcerário no Brasil tem se tornando um dos problemas mais alarmantes da sociedade moderna, dada a disseminação de líderes de organizações criminosas, que, mesmo reclusos em Penitenciárias consideradas de alta segurança, continuam ordenando a realização de crimes e coordenando as atividades ilícitas do grupo, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, assaltos a bancos, entre outros.

A recente onda de violência ocorrida no Estado de São Paulo, onde ocorreram várias rebeliões simultâneas em Presídios diferentes, atentados a policiais e bombeiros, destruição de agências bancárias e de ônibus e ataques à comunidade em geral, toda planejada e ordenada de dentro de Unidades Prisionais, demonstrou a ineficiência do Estado em controlar e, de fato privar a liberdade, daqueles que estavam sob sua custódia.

A má gerência do Estado no sistema penitenciário decorre, sobretudo, da total inobservância das condições e direitos previstos na Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84, fazendo com que se concedesse certas "regalias" ao preso, não previstas em lei, como forma de amenizar situação tão esdrúxula e evitar constantes rebeliões, já que a criação de vagas e manutenção de presídios e cadeias públicas não cresceu na mesma proporção dos aprisionados, provocando superlotação da população carcerária.

Esse comportamento de "*barganha*" disseminou a corrupção dentro das unidades prisionais brasileiras ao mesmo tempo que fortaleceu os indivíduos que tinham condições de obter mais regalias.

O abandono estatal da situação carcerária atrelada a corrupção existente nos presídios estimulou a união dos presos em grupos organizados, visando melhorar a sobrevivência lá dentro e tendo como principal inimigo ideológico a total negação de seus direitos pelo Estado, sentindo-se estimulados a continuar às agressões contra à sociedade.

Dentro desse contexto, destaca-se um enorme contingente de presos, ainda sem condenação definitiva transitada em julgado, recolhido em precárias condições de dignidade humana, sem acesso a qualquer medida ressocializadora, sem a devida assistência prisional ou mesmo com acesso a postos de trabalho prisional, em razão da demora indeterminada dos Tribunais Pátrios em apreciar os recursos que pendem sua sentença condenatória.

Ressalte-se que apesar da Lei de Execuções Penais determinar a separação dos presos provisórios daqueles definitivos, e destes de acordo com a periculosidade individual, a superpopulação carcerária impediu que essa separação fosse efetivada na prática, resultando na mistura de ambos os grupos, sofrendo todos da mesma mazela.

Diante desse quadro caótico, a situação desses presos provisórios ganhou maior visibilidade nos Tribunais Pátrios e nas discussões doutrinárias.

Com efeito, após o advento da Constituição Federal de 1988, o maior empecilho para a execução provisória da pena passou a ser o princípio da presunção de inocência, estatuída como cláusula pétrea, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo esta prerrogativa, conferida constitucionalmente ao acusado, o mesmo não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite

em julgado. Como coronário, fica impossibilitada a aplicação imediata de qualquer conseqüência que a lei prevê como sanção punitiva antes da decisão final.

No entanto, se inadmitida uma execução provisória da pena, pode-se gerar o paradoxo através do qual um indivíduo permanece preso por força de uma prisão cautelar, embasada em um juízo não definitivo, em condições mais gravosas do que estaria se estivesse cumprindo pena com fundamento em uma decisão definitiva.

Assim, enquanto os benefícios da progressão de regime decorrente de execução provisória não colidem com a eficácia da prisão cautelar, problema algum há, pois a dificuldade remanesce apenas no campo dogmático e formal, estritamente, já que na prática o indivíduo continua segregado, ou seja, há uma identidade de eficácias. Entretanto, se tal benefício gera o direito subjetivo do preso em ser posto em liberdade, ainda que restrita, está criada a contrariedade.

Diante da importância do tema, urge um posicionamento mais seguro acerca do mesmo, tendo em vista a proliferação da quantidade de presos, sem condenação definitiva, em presídios e cadeias públicas e o *munus* ministerial de acompanhar a execução da penalidade impostas aos mesmos, de forma a assegurar-lhes os direitos e deveres inerentes, sem lhes impor gravames acima dos já determinados na sentença condenatória.

Desta forma, o presente trabalho analisa de forma clara e objetiva, os argumentos favoráveis e contrários acerca da matéria, a fim de que se possa utilizar os mecanismos repressivos existentes, sem anulação de qualquer direito assegurado ao preso pelo nosso Estado Social Democrático.

## 2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X PRISÃO CAUTELAR

A Constituição Federal de 1988 elegeu como cláusula pétrea o princípio da presunção de inocência, estatuído no seu art. 5º, inciso LVII, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo esta prerrogativa, conferida constitucionalmente ao acusado, o mesmo não pode ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Como coronário, fica impossibilitada a aplicação imediata de qualquer consequência que a lei prevê como sanção punitiva antes da decisão final.

Não se pode olvidar que a jurisprudência mais moderna tem dado uma nova concepção ao princípio da presunção de inocência, chamando-o de princípio da presunção de não culpabilidade, o qual explicitaria o momento a partir do qual acerta-se em definitivo a culpa do acusado. Argumenta-se que não se trata de afirmar, *a priori*, a inocência do réu, pois, se assim fosse, não haveria lugar em nosso ordenamento jurídico para sua prisão cautelar, a qual sequer depende da existência de ação criminal.

É inquestionável, contudo, que da presunção de inocência emergem outros princípios fundamentais ao processo. Dentre eles, estão o direito à ampla defesa, o ônus da prova do crime incumbido à acusação, o duplo grau de jurisdição, direito de o réu recorrer em liberdade, direito à prova, entre outros.

Como desdobramento deste princípio, a pena privativa de liberdade, ou seja, o tolhimento do direito de ir e vir do indivíduo, através de seu recolhimento ao

cárcere, como conseqüência jurídica da prática de um crime, somente pode ocorrer quando a sentença penal condenatória não puder mais ser modificada por recurso.

Entretanto, existem situações que exigem uma antecipação do cerceamento da liberdade do suposto autor do delito, como forma de garantir a eficácia da persecução criminal.

Nestes casos, a prisão não é a sanção propriamente dita, dotada de fundamento punitivo utilizado pelo Estado para proteger bens jurídicos de seus cidadãos, mas um instrumento de direito processual penal, visando assegurar o resultado útil da jurisdição penal.

Com efeito, a prisão-pena é um dos pilares da política de repressão criminal do Estado, embora de há muito se questione sua eficácia, especialmente no que se refere aos delitos de menor gravidade. Tem natureza de direito penal material, já que visa a efetivação da pretensão punitiva do Estado, e, como desdobramento do princípio constitucional da inocência acima destacado, somente pode ser decretada após transitada em julgado a decisão contraditória.

Já as chamadas prisões cautelares ou prisões processuais são medidas excepcionais, que somente se justificam dentro dos limites legais e se amparadas nos motivos que a ensejam, visando sempre a garantia da ordem jurídica e social. São sempre medidas acessórias ao processo principal, apesar de poderem ser precedentes a este. Somente podem ser erigidas mediante controle judicial, que, na grande maioria das hipóteses, é prévio e deve guardar relação direta com o crime, objeto processual, sendo inconcebível uma prisão cautelar mais onerosa ao réu do que a pena abstratamente prevista.

Os Tribunais Pátrios já consolidaram o entendimento de que a prisão cautelar não atenta contra o princípio da presunção de inocência, desde que estejam presentes e esclarecidos pelo julgador os motivos fáticos e jurídicos que a ensejaram.

Os pressupostos para a decretação da prisão cautelar são os mesmos requisitos necessários a qualquer outra medida provisória de urgência a ser decretada no processo, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O *periculum in mora* traduz a urgência e necessidade que premeria o processo no sentido de que a delonga na prestação jurisdicional causaria sua ineficácia, é caracterizado, sobretudo, pelo perigo real da liberdade do réu para a sociedade, seja porque, uma vez solto, irá praticar novos crime contra a vítima ou outras pessoas, seja porque irá empreender fuga do distrito da culpa ou atrapalhar o andamento da persecução criminal.

Em verdade, como afirma CARRARA (1994: 446), ela atende a uma tríplice necessidade:

a) a necessidade da justiça, na medida em que afasta a fuga do réu; b) a necessidade da verdade, na medida em que obsta a que o réu confunda as atividades da Autoridade Policial, destrua os vestígios do delito ou intimide testemunhas; c) a necessidade da defesa pública, na medida em que impede que certos delinqüentes, pendente o processo, continuem em seus ataques a direitos alheios.

Já o *fumus boni iuris* é traduzido pela meridiana clareza do direito evocado à aplicação no caso concreto, devendo estar comprovada a materialidade do delito e indícios suficientes de sua autoria.

Segundo a legislação processual penal brasileira são seis as espécies de prisão cautelar: a) prisão em flagrante<sup>1</sup>; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível.

A primeira é um ato administrativo e é a única modalidade que não exigem uma ordem escrita e fundamentada do juiz competente. Ocorre quando o agente do delito é surpreendido praticando-o ou acaba de praticá-lo ou ainda quando é perseguido, logo após sua prática, em situação que faça presumir ser seu autor. Nestas ocasiões, poderá ser detido por qualquer pessoa ou pela autoridade policial.

Apesar da impossibilidade de revogação do flagrante, sua legalidade será analisada pelo juiz, que poderá homologá-lo ou não, oportunidade em que relaxará a prisão do recluso. Caso homologado o auto de flagrante, será hipótese de concessão ou não da liberdade provisória.

O flagrante também não tem prazo certo para perdurar, mas, em geral, a autoridade policial tem que concluir o inquérito no prazo máximo de 10 (dez) dias, salvo disposições em contrário. Extrapolado esse prazo, a manutenção da prisão do flagrado será tida como constrangimento ilegal. Da mesma forma, se a instrução processual ultrapassar o prazo de 81 (oitenta e um) dias, estabelecido pela doutrina pátria como necessária para seu término, salvo se houverem motivos plausíveis que justifiquem seu prolongamento.

---

<sup>1</sup> Alguns doutrinadores defendem que a Prisão em Flagrante na realidade seria uma prisão sub-cautelar, pois caberia ao juiz o dever de, ao ser comunicado do flagrante e constatada sua legalidade, verificar se estão presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, oportunidade em que de plano a decretaria, transformando-a em prisão cautelar. Caso contrário, já concederia de plano a liberdade provisória ao preso. É o posicionamento defendido, por exemplo, por Lucas Junqueira Bruzadelli Macedo no artigo Conversão da prisão em flagrante em preventiva no momento da sua comunicação ao juízo criminal. Dilemas da prisão cautelar para um Ministério Público garantista. Disponível em [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br) Acesso em 02.10.2006

Já a prisão temporária tem prazo determinado que será de 05 (cinco) dias para os crimes comuns e de 30 (trinta) dias para os crimes classificados como Hediondos, podendo, nestes casos, ser prorrogável por igual período. Poderá ser decretada pelo Juiz, mediante ordem fundamentada, enquanto ainda não tiver sido concluído o Inquérito Policial e a pedido do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial, jamais de ofício.

Somente poderá ser decretada a prisão temporária nas hipóteses previstas taxativamente no art. 1º, III da Lei 7.960/89, quais sejam: 1) Imprescindível para as investigações do inquérito policial; 2) quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 3) quando houverem fundadas razões da participação do suposto agente do crime em homicídio doloso, extorsão, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia medicinal qualificada pela morte; quadrilha ou bando; genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

A prisão preventiva, por sua vez, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, quando se tratar de crimes dolosos punidos com reclusão ou quando o agente for reincidente.

Embora a gravidade e a violência do delito por si só não sejam suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. A forma como o crime foi executado, a conduta do acusado antes e depois do evento e outras circunstâncias que abalem o meio social, provocando intenso clamor público, podem ser utilizados como fundamentos da garantia dessa ordem pública.

Por outro lado, condições pessoais favoráveis do réu não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam sua prisão processual. Neste tocante, também é oportuno ressaltar que a prisão preventiva é, a princípio, incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória, caso permaneçam presentes os motivos que a ensejaram.

Já a prisão em decorrência da sentença de pronúncia também deve estar fundamentada como garantia da ordem pública, por conveniência do processo nas etapas que se lhe seguem até o julgamento ou para assegurar a aplicação da lei penal, transformando essa prisão em espécie da preventiva que não pode prescindir da pertinente fundamentação.

Assim, sempre que o Juiz proferir decisão de pronúncia, a prisão somente poderá ser decretada se fundamentada sua necessidade, pouco importando se o réu é primário ou reincidente, de bons ou maus antecedentes.

Se a sentença de pronúncia mantém, contudo, a prisão cautelar do réu preso em flagrante, por persistirem os motivos autorizadores da custódia, e inexistindo fato novo favorável à sua soltura e capaz de alterar sua situação anterior, deve ser mantida a segregação atacada, não se exigindo nova ou ampla fundamentação para tanto.

Com relação à prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, a doutrina majoritária defende que sua natureza é cautelar, em virtude de ser instrumento de preservação dos desígnios da jurisdição penal.

Considerando sua importância para o presente trabalho, bem como para determinação de diversos institutos processuais e garantias na execução criminal, será avaliada em Tópico próprio.

## 2.1 Da Prisão Em Virtude de Sentença Recorrível

A prisão em virtude de sentença recorrível somente é aceita no contexto da nova ordem constitucional, inaugurada pela Carta Magna de 1988, com nítida natureza cautelar, jamais antecipatória da execução criminal ou decretada automaticamente, em virtude da lei. Ao contrário, sua necessidade deve estar devidamente justificada pelo juiz, através da demonstração dos motivos fáticos e jurídicos que a ensejaram.

Diante desta perspectiva, verifica-se que os efeitos da sentença penal condenatória, enumerados pelo art. 393 do Código de Processo Penal, não foram recepcionados pela Constituição Federal. São eles:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:  
– ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;  
II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Com efeito, pela interpretação literária do artigo acima transcrito, verifica-se que a prisão do réu é efeito direito e automático da sentença condenatória, independente de haver ou não recurso, seja por parte da acusação, seja pela defesa.

Destarte, o recolhimento do réu ao cárcere ou sua manutenção decorre diretamente do provimento jurisdicional condenatório, ainda que recorrível, e como atribuição inerente à condenação, não necessitando de maiores divagações por parte do magistrado na sentença, pois se tratava de efeito automático. Somente era necessário fundamentar a decisão que reconhecia a possibilidade do réu permanecer solto, em caso de recurso, em razão dos seus bons antecedentes e primariedade ou da fiança prestada. Essa interpretação passou a ser inconcebível com a nova ordem instaurada pelo advento da Constituição Federal de 1988.

No mesmo diapasão, a inserção do nome do réu no rol dos culpados, como efeito automático da sentença condenatória recorrível, afronta flagrantemente o princípio da presunção de inocência, haja vista que há a possibilidade de revisão desta condenação por instância superior, inclusive para absolver o réu.

Complementando tal ponderação, observa-se que a exigência do art. 594 do CPP de recolhimento do réu à prisão para o recebimento do recurso também não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Esse dispositivo legal, da forma como foi inicialmente concebido, além de ferir o princípio da presunção de inocência, ainda mitiga o da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, pois o recolhimento ao cárcere não é pressuposto de admissibilidade recursal, isto é, o recurso não pode deixar de ser recebido e processado pela fuga do condenado. A falta de recolhimento espontâneo do réu à prisão enseja no dever de sua captura pelo Estado e jamais poderá refletir negativamente no acesso do réu ao duplo grau de jurisdição, através da não admissibilidade de seu recurso.

Com o mesmo raciocínio, argumenta GOMES (1994: 131) sobre a revogação do art. 594 do CPP pela Constituição Federal, lembrando ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil:

Em primeiro lugar porque não sendo recepcionado pela CF de 88, tendo em vista os princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição. Em segundo lugar, caso não tivesse sido revogado pela CF, perdeu sua eficácia diante do artigo 8º, 2, "h", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que vigora e é obrigatória no Brasil desde 09-11-92(...) O direito de recorrer, destarte, por ser consequência natural do direito ao duplo grau de jurisdição, deve ser totalmente desvinculado do instituto da prisão.

Importante destacar que estes artigos foram inseridos no Código de Processo Penal através da Lei nº. 5.941/73, anterior à Constituição Federal de 1988, época em que vigorava um regime autoritário. Assim, historicamente compreensível

que uma lei ordinária viesse a dificultar o direito ao recurso e instituísse a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível como consequência automática.

É, assim, de fácil percepção que houve verdadeira inversão na ordem de prioridade. Antes da Carta Magna de 1988, a prisão decorrente de sentença recorrível era a regra, agora a exceção, devendo sua decretação, sempre de natureza cautelar, ser devidamente justificada na sentença condenatória, esclarecendo o magistrado os motivos que justificam sua necessidade.

Há de se destacar que a Súmula n.º 9 do STJ, a qual dispõe sobre o entendimento de que a exigência da prisão provisória, para o réu apelar, não ofende o aludido princípio constitucional, tem sua interpretação hoje consolidada de que só admite tal prisão com nítida natureza cautelar, sendo necessária sua fundamentação pelo juiz da condenação, que deve demonstrar os motivos fáticos e jurídicos excepcionais reveladores da sua necessidade. Jamais poderá aludida prisão ser decretada "por força da lei", "automaticamente", pois estaria conflitando frontalmente com o princípio da presunção de inocência.

Também é majoritário, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que mencionado dispositivo aplica-se somente ao réu que esteve solto durante o curso do processo, pois o réu que já estava preso não tem direito a recorrer em liberdade, ou seja, a hipótese do art. 393, I, segunda parte (*conservado na prisão*) tem aplicação imediata, sem o efeito suspensivo da apelação concedido pelo art. 594 do CPP.

Assim, se o réu for primário e com bons antecedentes, tendo sido condenado por crime cujo processo respondeu solto, recorrerá em liberdade, não havendo prisão como efeito da sentença penal condenatória recorrível, nem sendo possível sua segregação cautelar.

Caso o réu seja primário, porém com maus antecedentes ou mesmo reincidente, mas tendo respondido ao processo em liberdade, seu recolhimento à prisão em decorrência da sentença condenatória irá depender da indicação de novos fatos que motivem a necessidade da medida extrema, os quais deverão ser expostos na sentença condenatória.

O fato de ser o crime, praticado pelo agente, inafiançável ou mesmo de natureza hedionda, por si só, não autoriza a decretação da prisão cautelar, sem qualquer motivação amparada nas circunstâncias previstas no art. 312 do C.P.P, em especial a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Se o réu, contudo, sofreu prisão cautelar durante o curso do processo, permanecerá preso após a condenação, sem direito à aplicação do efeito suspensivo da apelação previsto no art. 594 do CPP.

Neste aspecto, BATISTA leciona:

Sendo assim, se, ao sobrevir a sentença condenatória, o réu ainda estiver preso cautelarmente, em razão de flagrante, de prisão preventiva ou de prisão na pronúncia, é porque esta medida se mostra necessária como garantia da ordem pública, ou para assegurar a aplicação da lei. A única modificação que ocorre com a prolação da sentença condenatória diz respeito ao primeiro dos pressupostos da medida, o *fumus boni iuris*; antes da sentença, a condenação era provável; depois dela ficou certa, ou quase certa. O outro pressuposto não sofre nenhuma influência. Pelo menos, em favor do réu. Talvez se possa dizer, ao contrário, que o risco de fuga aumenta com a condenação, mais necessária se torna, por isso, a prisão cautelar.

Salutar esclarecer, por fim, que o projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional revoga expressamente os arts. 594 e 595 do atual CPP.

Na respectiva exposição de motivos, justifica-se a revogação afirmando que teve "*como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final*

*somente pode ter o caráter cautelar. A execução 'antecipada' não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito".*

O Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> também já firmou posicionamento que a norma do art. 594 do CPP não implica o recolhimento compulsório do acusado, então condenado. Trata-se, antes, de modalidade de prisão cautelar, razão porque dita disposição legal deve ser interpretada em conjunto com a regra do art. 312 do mesmo ato normativo.

Não obstante a doutrina e jurisprudência majoritária entenderem que a prisão decorrente de sentença recorrível é de natureza cautelar, existem posicionamentos de alta respeitabilidade ao contrário, como o exposto por JARDIM (2005: 389/409), pioneiro na tese de tutela antecipada em processo penal, o qual sustenta que as características próprias da tutela cautelar, como acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade não mais estariam presentes no encarceramento em decorrência da sentença condenatória recorrível, tornando-se o mesmo verdadeira execução antecipada da pena.

Diante do exposto, verifica-se que é possível a manutenção ou mesmo a decretação da prisão do réu condenado, quando a decisão condenatória ainda não transitou em julgado. Mesmo tal prisão sendo de natureza cautelar, como tem entendido a grande maioria da doutrina e jurisprudência pátria, surge a necessidade de avaliar seus efeitos no tocante à execução, ainda que provisória, desta pena, como forma de assegurar ao réu os direitos e garantias previstos na Lei de Execução Penais, Lei 7.210/84.

---

<sup>2</sup> Entendimento firmado durante o julgamento do HC nº 84.087/RJ, 1ª Turma, que teve como relator o Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJU, de 27.04.2004.

### **3 DA VIABILIDADE JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO**

Se, por um lado, a fundamentação para manutenção ou mesmo decretação da prisão do réu condenado, quando a decisão condenatória ainda não transitou em julgado, é pacífica para grande maioria da doutrina e jurisprudência pátria como sendo de natureza cautelar, quando se passa a analisar os efeitos desta prisão na óptica do réu preso, surge o dilema se tal segregação deve permanecer como cautelar ou de antecipação de tutela, já que somente esta é passível de execução provisória.

De fato, se a execução da pena tem por pressuposto a formação da culpa do acusado, através de decisão definitiva, enquanto isso não ocorrer, somente pode ele estar preso por força de custódia cautelar.

No entanto, se inadmitida uma execução provisória da pena, pode-se gerar o paradoxo através do qual um indivíduo permanece preso por força de uma prisão cautelar, embasada em um juízo não definitivo, em condições mais gravosas do que estaria se estivesse cumprindo pena com fundamento em uma decisão definitiva.

Assim, enquanto os benefícios da progressão de regime decorrente de execução provisória não colidem com a eficácia da prisão cautelar, problema algum há, pois a dificuldade remanesce no campo dogmático e formal, estritamente, já que na prática o indivíduo continua segregado, ou seja, há uma identidade de eficácias. Entretanto, se tal benefício gera o direito subjetivo do preso em ser posto em liberdade, ainda que restrita, está criada a contrariedade.

Com efeito, se o princípio constitucional da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade é para proteger o acusado contra abusos estatais em detrimento de sua liberdade, exigindo o cumprimento de pena, sem a existência de culpa formada, impossibilitar de forma absoluta a execução provisória da pena, pode ocasionar exatamente o contrário, pois a duração demorada do processo do réu preso, em instâncias superiores, pode impingir tempo de segregação cautelar equivalente ou superior ao cumprimento de pena e em condições mais severas das que determinadas na sentença, haja vista a negação dos direitos previstos na Lei de Execução Provisória.

Mencionada realidade não é tão absurda na prática judiciária, onde cada vez mais nossos Tribunais estão assoberbados de processos e, mesmo com a prioridade de tramitação que gozam processos de réus presos, às vezes, leva-se anos para seu julgamento pela Corte Superior e outro tanto para o trânsito em julgado da decisão, haja vista que o acórdão não é publicado de imediato.

Ademais, o cárcere nesses termos não pode ter apenas caráter cautelar porque a medida instrumental não pode prevalecer sobre a pena em si e as regras da execução, impingindo situação mais severa que o da eventual condenação definitiva.

Assim, a pena, até então aplicada pelo juiz *a quo* considerando as circunstâncias do crime e condições pessoais do agente, deverá ser utilizada para pautar a situação carcerária do preso, em especial quando o julgamento do recurso estiver impondo sacrifícios à sua liberdade maiores que os da própria sentença condenatória.

Acerca do tema, oportuno os ensinamentos de MÉDICI (1993):

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 art. 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" ( art. 2º, par. 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;

O próprio sistema legislativo penal vigente aponta para a viabilidade jurídica da execução provisória da pena. Apesar da grande maioria dos artigos existentes no Código de Processo Penal que tratam da execução provisória da pena, como o art. art. 393, I e 594, o art. 669, I, terem sua vigência negada, quando confrontados com a Constituição Federal de 1988, em especial com o princípio da presunção de inocência, verifica-se que a execução provisória é perfeitamente identificada no art. 637 do CPP, cuja vigência é hodiernamente ratificada pelos Tribunais Superiores.

Neste último dispositivo, a lei não confere ao recurso extraordinário efeito suspensivo e, mesmo não existindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, permite-se a execução provisória da pena nesse particular.

Assim, se não há óbice quanto à existência da execução provisória em sede de recurso extraordinário, dispositivo algum veda a aplicação analógica também na fase de apelação, principalmente quando é para beneficiar o réu preso.

Pode-se ainda deduzir a execução provisória da pena de institutos do direito processual penal descritos na legislação como passíveis de conferir ao recurso de apelação efeito suspensivo. Entre eles, está a suspensão condicional da

pena, possível apenas em face de uma sentença condenatória, e que a lei excetua o efeito suspensivo da apelação. Como tal instituto somente é verificável na execução da sentença condenatória, imperioso reconhecer mais essa evidência da admissibilidade da execução provisória.

É interessante ressaltar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por orientação do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria-Geral de Justiça editou os Provimentos 653/99, 9/2000 e 2/2000 regularizando a expedição de Carta de Recolhimento de Execução Provisória, quando se tratar de réu que esteja ou venha a ser preso, quando a sentença condenatória tiver transitado em julgado para o Ministério Público.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a exemplo de Tribunais de outros Estados, também adotou igual providência, disciplinando, através do Provimento, que antes da remessa de processos de réus presos à instância recursal, o juízo da condenação deve-se preocupar com a extração da Carta de Guia Provisória, como forma de assegurar ao réu preso eventuais benefícios e direitos decorrentes da LEP, quando pende da sentença, apenas apelação do acusado.

Por fim, a própria Lei 7.210, de 11-7-1984, que trata das Execuções Penais, prevê expressamente em seu art. 2º, parágrafo único, a extensão de sua aplicação aos presos provisórios, servindo tais normas como garantia contra abusos e improvisações.

Inclusive, MIRABETE (2004: 36 – 37), ao comentar mencionado dispositivo legal, alude 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.

Ademais, colocar empecilho para o reconhecimento do direito do réu preso em ter sua segregação cautelar reconhecida como passível de execução provisória da pena, com todos os direitos daí decorrentes, implica, em determinadas situações, em inverter o objetivo do princípio da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição, pois em vez do recurso gerar o benefício de ter a condenação imposta revista para minora-la, acaba por representar em tempo maior de privação de sua liberdade.

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.

Reconhecendo a importância do problema, nossa Corte Maior sumulou a matéria, através das Súmulas 716 e 717 do STF, com o seguinte conteúdo:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula: 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Entretanto, a orientação sumular não foi suficiente para solucionar todo o questionamento a respeito da matéria nem tão pouco pacificar posicionamento dos Tribunais Pátrios, em especial, quando presente a possibilidade de agravamento da penalidade imposta, em decorrência de julgamento pendente de recurso interposto pelo Ministério Público.

#### 4 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA

A primeira situação que se apresenta e a de mais fácil solução ocorre quando há pendência de julgamento apenas de recurso de apelação exclusivo da defesa, oportunidade em que já terá transcorrido o prazo recursal para o Ministério Público.

Nesta hipótese e não sendo possível a *reformatio in pejus*, poderão ocorrer as seguintes providências: 1) o Tribunal absolver o réu; 2) Minorar sua reprimenda; 3) Anular o feito e 4) Manter a decisão do juízo *a quo*.

Em consonância com o princípio do duplo grau de jurisdição, é inconcebível que a irresignação do apelante preso seja interpretada em seu desfavor, de forma a acarretar sua maior permanência no cárcere.

Se sob uma ótica superficial, a execução provisória evidencia uma ilegalidade ou uma injustiça, já que a condenação poderá ser revogada, reconhecendo o Tribunal *ad quem* a inocência do réu, ou mesmo minorada não sendo justo que o mesmo cumpra uma pena que pode ser considerada indevida em futuro próximo.

Por outro lado, em muitas situações práticas, o reconhecimento desta execução provisória tem sido favorável ao réu, permitindo que o mesmo goze de benefícios que amenizam sua privação de liberdade, ainda que esta tenha sido decretada em caráter cautelar.

Assim, haveria verdadeira inversão de valores em manter o acusado em cárcere, mesmo diante da conformação com a punição aplicada pela acusação, sob a justificativa de que seria para preservar sua presunção de inocência, como ocorre, por exemplo, nas condenações em que é estipulado o regime aberto, para o início da pena do réu preso ou lhe é permitida a substituição de pena restritiva de direito.

Ademais, não se pode exigir que apenados, exercitando um direito processual básico de recorrerem de suas condenações em primeira instância, sejam obrigados a ficarem excluídos das benesses previstas na Execução Penal, sob pena de impor-lhe um ônus processual não previsto em qualquer norma vigente e fazê-los desistir de seus recursos, mesmo inconformados com os termos da condenação, apenas para mais rapidamente postularem a aplicação dos institutos típicos da execução penal.

Até mesmo advindo uma absolvição, em grau de apelação, ainda assim, seria mais vantajoso para o réu preso condenado provisoriamente, aguardá-la em regime menos gravoso do que encarcerado cautelarmente, porque os prejuízos seriam diminutos.

Tais dilemas começam a ser questionados nos Tribunais Superiores, que já vislumbram a presunção de inocência ou da não culpabilidade sob outra ótica, seja para afastar qualquer óbice à aplicação imediata da execução provisória, seja para considerar constrangimento ilegal o encarceramento indeterminado do apelante preso enquanto seu apelo está em tramitação.

É o posicionamento que se extrai das ementas ora transcritas:

PROCESSO PENAL- HABEAS CORPUS- Ação Penal- Trânsito em Julgamento- Ministério Público- Sentença Condenatória- Execução Penal Provisória – Guia de Recolhimento- Expedição- Obrigatoriedade. (...) 1. Se há trânsito em julgado para a acusação, da sentença condenatória, nada obsta a expedição de guia de recolhimento, para a execução provisória da

pena, com vistas à progressão de regime prisional. Precedentes desta Corte. 2- Ordem concedida, determinando ao Tribunal de origem a expedição de guia de recolhimento provisório. (EJSTJ 35/302)

Operado o trânsito em julgado da decisão para acusação da decisão para a acusação, não há razão para impedir a execução provisória da pena, e, por consequência, a unificação das penas de modo de modo a possibilitar a progressão de regime. Recurso Ordinário Provido. Habeas Corpus concedido. (RHC 11.990-PB- DJU de 1º-4-2002, p.221)

A LEP, que se aplica também ao "preso provisório" por força do parágrafo único de seu art. 2º, fala no art. 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. ( HC 3.116 - RJ - STJ - DJU 3.4.95, p. 8146 ),

Prisão por condenação recorrível. Privação da Liberdade que importa execução provisória da pena- Regime Inicial de cumprimento estabelecido na sentença que deve desde logo ser obedecido. O condenado que se encontra aguardando o julgamento de seu recurso submete-se a execução provisória da pena, a qual deverá ajustar-se à natureza, espécie, duração, intensidade e forma inicial estabelecidas na sentença recorrível. (TJSP. RE 663/295)

Execução Provisória- Decisão que determina a regressão de regime prisional em razão de sentença condenatória ainda não definitiva- Nulidade- Ocorrência- É nula a decisão, que em execução provisória, determina a regressão de regime prisional baseando-se em uma sentença condenatória ainda não definitiva, pois esse procedimento é mecanismo criado em benefício do réu e visa evitar maiores prejuízos ao acusado em virtude da demora ocorrida, na maior parte das vezes, no processamento de recursos, sendo certo que não pode ser tomado em prejuízo do sentenciado. ( RJTACRIM 47/381)

Salutar informar que estão em tramitação no Congresso Nacional dois projetos de Leis que visam alterar a LEP, Lei 7.210, de 11-07-1984.

O projeto 5.075/2001 prevê expressamente a Execução Provisória da pena privativa de liberdade, com antecipação dos efeitos da condenação, no que concerne ao cumprimento da pena imposta.

Entretanto, a Execução Provisória da Pena ficará restrita às situações em que, advindo sentença condenatória, não é reconhecido o direito do réu preso apelar em liberdade e havendo recurso exclusivo da defesa, com trânsito em julgado para

acusação, em razão da falta de recurso do Ministério Público ou do assistente da acusação, visando o agravamento da punição.

Já o Projeto de Lei 5.073/2001, prevê a possibilidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado ao preso provisório, pela prática de fato descrito como crime doloso, durante o período de encarceramento, sem prejuízo da sanção penal cabível.

Por último, é importante registrar que a sentença condenatória não faz coisa julgada em termos absolutos, uma vez que sempre pendente 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.

Neste sentido, imprescindível invocar os ensinamentos de Espínola Filho acerca da diferença, no processo penal de coisa julgada e caso julgado:

o que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é se mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem seja ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos (Código de Processo Penal brasileiro anotado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, VII/296, n. 1.404 e 1.405).

Destarte, não se pode ter o entendimento absoluto e em detrimento do réu preso de que a progressão de regime prisional pressupõe a existência de execução penal definitiva, após o trânsito em julgado da condenação.

## 5 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO DE APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO

Quando ocorre recurso de apelação de sentença condenatória, interposto pelo Ministério Público, visando o agravamento da situação do réu preso, a controvérsia em torno da possibilidade jurídica da execução provisória da pena torna-se ainda mais acirrada.

Com efeito, neste caso a situação do réu será ainda mais indefinida, pois sua condenação poderá ser agravada em algum de seus aspectos, inclusive com a fixação de regime mais severo. Assim, os eventuais direitos e benefícios do réu apelado podem ser afastados ou mesmo procrastinados pelo endurecimento de sua reprimenda, quer no que diz respeito ao *quantum*, quer no tocante ao regime de início de cumprimento da pena.

Entretanto, se o recurso da acusação não for provido, o apelado preso terá sido submetido a uma situação mais gravosa do que a advinda com a decisão definitiva, sempre em detrimento de sua liberdade, razão porque os fundamentos de sua custódia cautelar devem ser analisados sob um *prima* jurídico e fático ainda mais rigoroso.

Tal possibilidade imprime maior importância à observância do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois se o recurso não atacar todos os aspectos da decisão, poderá ensejar no direito da parte não recorrida ser executada provisoriamente.

Assim, se o recurso do Ministério Público, por exemplo, objetivou tão somente o agravamento do regime aplicado, outros benefícios, *a priori*, poderiam ser aplicados ao apelado preso, como a unificação das penas, a remição do período trabalhado, o livramento condicional, entre outros. Todos independentes do regime inicial aplicado.

Entretanto, tal aspecto tem sido relevado pela jurisprudência pátria, que tem se manifestado, de forma quase unânime, em negar a possibilidade de execução provisória, quando pendente o julgamento do recurso de apelação do Ministério Público, visando o agravamento da punição, sem avaliar a extensão do possível agravamento e sua compatibilidade com certos benefícios que podem ser concedidos no curso da execução provisória.

As decisões, cujas ementas ora se transcrevem, bem exprimem tal posicionamento:

Execução Provisória. Pendência de recurso de Acusação que objetiva o agravamento do regime prisional. Impossibilidade. É impossível a execução provisória quando pendente recurso da apelação que objetiva o agravamento do regime prisional, sendo certo que, cuidando-se ainda de prisão cautelar, só será possível a transferência do réu para o regime da sentença se houver trânsito em julgado para o Ministério Público, momento em que não há mais possibilidade de reformatio in pejus. (RJTACRIM 54/30)

PROCESSUAL PENAL- HABEAS CORPUS- CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO- CRIME HEDIONDO-SENTENÇA CONDENATÓRIA- EXECUÇÃO PROVISÓRIA- IMPOSSIBILIDADE- TRANSITO EM JULGADO-NÃO OCORRÊNCIA-Qualificado. Hábeas corpus. Homicídio Qualificado. Em havendo recurso do Ministério Público contra a parte da sentença relativa ao regime prisional, não há dizer de execução provisória. Ordem denegada." (EJSTJ 32/298)

EXECUÇÃO PROVISÓRIA- CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES- SENTENCIADO PRESO PROVISORIAMENTE- Apelação do Ministério Público visando o agravamento da pena e imposição de regime fechado para o integral cumprimento- Ao receber o recurso, determinou o juiz expedição de guia de recolhimento provisória- Indamissibilidade- Segurança concedida para sobrestar-se a execução provisória até o julgamento do apelo ministerial- Inteligência dos arts. 2º, parágrafo único, e 105 da LEP- Pendente a sentença condenatória de recurso interposto pela apelação, estando o réu preso provisoriamente, não cabe expedir-se Guia de Recolhimento provisória- com o consectário de se obter prematuramente benefícios executivos - ante a virtual alterabilidade do decisório quanto ao aplicado critério apenativo. (TJSP- JTJ 235/190).

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu, durante o julgamento do HC 46051, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, pelo afastamento da incidência da Súmula 716/STF, quando pendente recurso com efeito suspensivo, interposto pelo Ministério Público, visando o agravamento da pena, *in verbis*:

(...) II. A ausência de trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, encontrando-se pendente de julgamento recurso com efeito suspensivo, impede a concessão de benefícios da execução, tendo em vista a possibilidade de modificação da quantidade da pena imposta, bem como do regime prisional fixado para o cumprimento da reprimenda, o que afasta a incidência da Súmula n.º 716/STF. (...)

Em torno do tema, necessário ainda se ponderar acerca da demora na prestação jurisdicional em julgar o recurso do Ministério Público, visando o agravamento do pena.

Tratando-se de tramitação regular do processo em primeira instância, a doutrina e jurisprudência majoritária entende que a conclusão da instrução deve ser procedida no prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias, a contar da prisão do réu, sob pena de sua segregação configurar constrangimento ilegal.

Entretanto, quando a tramitação de tal processo é transferida para a segunda instância, em face de recurso, não se discute mais acerca da razoabilidade da demora no processamento do apelo, ainda que o réu permaneça encarcerado.

Em qualquer situação, não se pode olvidar que se está decidindo acerca do status libertatis do apelado, não podendo o mesmo ser penalizado pela falta de estrutura do Poder Judiciário nem morosidade do Estado e ficar, por tempo indeterminado, aguardando que sua situação seja definida com o julgamento do recurso ministerial.

Sem esquecer que, muitas vezes, os motivos que ensejaram a prisão cautelar do réu também não resistem a fulminante ação do tempo, já não mais existindo, na maioria dos casos, quando do julgamento do apelo acusatório.

Nestes casos, a razoabilidade na demora do julgamento no recurso deveria ser pautada pela própria pena aplicada na sentença condenatória atacada, de forma que, transcorrido o prazo legal exigido para possibilitar o ingresso do preso em regime menos gravoso, sem o devido julgamento, a permanência de sua segregação também deveria ser considerada constrangimento ilegal, fazendo cessar os motivos ensejadores de sua prisão cautelar, concedendo-lhe liberdade provisória ou mesmo permitindo a execução provisória da pena.

Não haveria, assim, prejuízo para Estado, pois, teve tempo necessário de julgar o apelo, protegendo as circunstâncias que ensejaram a prisão cautelar do réu preso, sem lhe impor dano acima do razoável. Por outro lado, uma vez decidido tardiamente pelo agravamento da pena, também não ocorreria qualquer prejuízo para a sociedade, pois ocasionaria a regressão de regime para mais gravoso, culminando novamente na prisão do condenado, desta vez, após a formação definitiva de sua culpa.

O que é inconcebível é um enorme contingente de presos, ainda sem condenação definitiva transitada em julgado, esteja recolhido em precárias condições de dignidade humana, sem acesso a qualquer medida ressocializadora, sem a devida assistência prisional, em razão da demora indeterminada dos Tribunais Pátrios em apreciar os recursos que pendem sua sentença condenatória.

Destarte, a aplicação intransigente do princípio da presunção de inocência impede a execução da pena de forma provisória e submete o apenado a uma situação absurda na qual a prisão cautelar pode ser pior do que a própria execução da pena. Isto implica em dizer que um consectário eventual do processo

criminal acaba sendo mais gravoso do que a própria sanção, constituindo verdadeira inversão de valores e afronta aos critérios da proporcionalidade e a razoabilidade.

## 6 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA QUANDO PENDENTE RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO

Outra faceta da Execução Provisória da Pena bastante presente nas decisões dos Tribunais Superiores Pátrios ocorre quando a decisão não transitou, motivada pela interposição de recursos sem efeito suspensivo, como é o caso do Recurso Especial e Extraordinário.

Nesta conjectura, a execução provisória tem sido amplamente aceita, inclusive em desfavor do apenado, com a expedição imediata de mandado de prisão contra sua pessoa, para que inicie de imediato a condenação confirmada ou alterada pelo Tribunal *ad quem*.

Neste sentido, inclusive o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula a respeito da matéria, nos seguintes termos: "*Súmula 267: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*".

A fundamentação utilizada para adoção de tal medida consiste na inexistência de efeito suspensivo, não havendo óbice para execução da decisão impugnada, independente do Recurso ter sido interposto pelo Ministério Público, visando o agravamento da situação do réu, ou mesmo da defesa.

Colaciona-se algumas decisões do Egrégio Tribunal Superior de Justiça e Supremo Tribunal de Justiça a respeito do tema:

Presunção de não culpabilidade. I. Execução Penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de

que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despídos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos - a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução. (HC 81580/SP, STF, Primeira Turma, Min. rel. Sepúlveda Pertence).

HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDENAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. Os recursos para os Tribunais Superiores (STJ e STF) possuem, de ordinário, somente efeito devolutivo, forte no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90. Assim, não configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão para a execução provisória da condenação imposta pelas instâncias ordinárias. Precedentes desta Corte e do C. STF. Princípio constitucional da presunção da inocência que não foi, in casu, violado. Paciente, entretanto, portador de grave doença renal atestada nos autos, necessitando de três sessões de hemodiálise por semana fora da prisão. Falta de pessoal e veículos para tal fim atestados pelo Delegado de Polícia. Concessão da prisão domiciliar. Ordem parcialmente concedida. (HC 19385/SP, STJ, Quinta Turma, Min. rel. José Arnaldo da Fonseca)

HC. PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não configura constrangimento ilegal a determinação da expedição de mandado de prisão contra o réu com condenação transitada em julgado para a acusação em segundo grau, já que o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, a princípio, não possuem efeito suspensivo. 2. Habeas Corpus conhecido. Pedido indeferido." (HC 18860/SP, STJ, Quinta Turma, Min. rel. Edson Vidigal).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DECISÃO DE SEGUNDO GRAU. RECURSOS DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIO. I - Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), ex vi art. 27 § 2º da Lei nº 8.038/90, em regra, só tem efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). II - A eventual limitação, fixada em primeiro grau, quanto à expedição do Mandado de prisão, não vincula o tribunal de segundo grau (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Writ denegado. (HC 18990/RJ, STJ, Quinta Turma, Min. rel. Felix Fischer).

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ABORTO. DECISÃO CONDENATÓRIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL QUE NÃO POSSUEM

EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 27, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.038/90. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Não há constrangimento ilegal na circunstância de se expedir mandado de prisão contra réu condenado, em ação penal originária, pela prática dos crimes de homicídio qualificado e aborto, ao cumprimento de 16 (dezesesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, por não possuírem efeito suspensivo os recursos extraordinário e especial que venham a ser interpostos, a teor do disposto no artigo 27, parágrafo 2º, da Lei nº 8.038/90, não restando violado o chamado princípio da presunção de inocência. 2. Habeas corpus denegado. (HC 16996/SP, STJ, Sexta Turma, Min. rel. Paulo Gallotti)

Cumprê destacar que no Supremo Tribunal de Justiça apenas dois Ministros têm posicionamentos contrários à possibilidade de execução provisória da pena quando pendente julgamento de recursos especial e extraordinário, enquanto desprovidos de efeito suspensivo, são eles os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio<sup>3</sup>. A votação da constitucionalidade desse tema foi remetida ao Plenário no julgamento do HC 84078<sup>4</sup>. Entretanto, até a presente data não houve julgamento definitivo.

Nestes casos, mesmo que o juízo *a quo* tenha estabelecido na sentença condenatória que o mandado de prisão somente seria expedido após o trânsito em julgado, não impede que o Tribunal expeça o imediato mandado de prisão, pois a primeira determinação não tem o condão de vincular instâncias superiores nem gera direito subjetivo ao condenado.

Também prevalece o entendimento que não se viola, nestes casos, o princípio da presunção de inocência, pois esta impediria apenas o lançamento antecipado do condenado no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado da decisão, convivendo com a segregação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>5</sup>

3 Med. Caut. HC 90112 (Julgado em 23/11/06 – 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Pelluso) e HC 85209 (DJ 05/05/06 – 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio).

4 HC 84078 (Rel. Min. Eros Grau): ainda não há decisão proferida.

5 Esse é o entendimento firme do Supremo Tribunal Federal, exposto no leading case do Plenário (HC nº 69.964, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 18.12.92, RTJ 147/243) Cf., no mesmo sentido, HHCC nº 69.714, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 148/408; 68.968, 2ª Turma, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 11.02.92, RTJ 141/523 e, mais recentemente, 80.535-3/SC, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. em 12.12.2000, DJU I de 02.03.2001 e 81.580-4, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. em 19.02.2002, DJU I de 22.03.2002. O acórdão relativo ao HC nº 80.535-3/SC foi publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº35, julho/setembro de 2001,

Outrossim, resta intocado o princípio do *due process of law*, o qual não exige o prévio esgotamento da via jurisdicional em “três graus” de jurisdição, porque os recursos vertentes possuem apenas efeito devolutivo e com extensão limitada à discussão da questão de lei federal ou de matéria constitucional, respectivamente.

Por fim, é válido ressaltar que o teor destas decisões em possibilitar a execução provisória da pena, quando pendente julgamento de recursos sem efeito suspensivo, ainda que desfavorável ao réu condenado, visa em atribuir um pouco de efetividade à jurisdição criminal.

É que o processo penal revela-se excessivamente burocrático e formal, características que contribuem decisivamente para a sua lentidão. Exigir, para o desencadear da execução penal, o exaurimento de todos os graus de jurisdição, que em alguns casos pode chegar a quatro, significa protelar para data incerta e absurdamente distante da data do cometimento do ilícito a aplicação da sanção penal.

---

297, seguido de comentário. O Superior Tribunal de Justiça adota idêntica posição, circunstância que se extrai do decidido nos HHCC nº 27.285/RS, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU de 23.06.2003; 20.734/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU de 10.03.2003.

## **7 REPERCUSSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL: BENEFÍCIOS QUE PODEM SER CONCEDIDOS AO RÉU CONDENADO**

Uma vez verificada na prática judiciária a possibilidade da Execução Provisória da Pena, também são motivos de celeuma os benefícios que podem ser deferidos ao condenado provisório.

A discussão tem agora como foco definir se os condenados provisórios estariam aptos a serem contemplados com todos os benefícios previstos em lei para amenizar os efeitos da pena privativa de liberdade ou se ficariam restrito aos direitos secundários, previstos no art. 12 a 24 e art. 40 a 43 da LEP.

Inicia-se a divergência com a possibilidade de Expedição de Guia de Recolhimento. Durante muito tempo, foi motivo de controvérsia nos Tribunais, o direito do réu preso, sem condenação definitiva, ter expedido sua Guia de Recolhimento, nomenclatura utilizada pela LEP para então denominada “Carta de Guia”, documento extraído da sentença condenatória, que serve de referência para o juízo executor da condenação.

Basicamente a Guia de Recolhimento tem três funções: 1) Medida de Garantia individual, pois somente ela possibilita a execução da pena privativa de liberdade; 2) Certeza de cumprimento da pena, nos moldes como foi determinada na sentença condenatória, sem possibilidade de extrapolação das condições ali fixadas; 3) Possibilita a individualização da pena, em especial quando se trata de processo com vários condenados, pois fornece elementos sobre os antecedentes e o grau de instrução do condenado e outros dados necessários ao adequado tratamento penitenciário.

O principal argumento contrário ao deferimento de sua expedição, é que a mesma deveria ser extraída da sentença condenatória transitada em julgado, pois antes disso o título executivo não havia se consolidado, não tendo a condenação força executória, somente advinda com a coisa julgada.

Esse foi o entendimento exposto nos seguintes julgados:

Execução Provisória. Expedição de carta de guia em caso de réu preso processual ou cautelarmente- inadmissibilidade. A guia de recolhimento exige, para ser expedida, situação concreta e definitiva do condenado, sendo que essa hipótese inexistente quando se trata de prisão processual ou cautelar e impede sua exposição, tornando impossível, dentro de nosso Ordenamento Jurídico, o início provisório da pena. (TACRSP. RJDTACRIM 23/38)

Pena –Execução-Suspensão- Expedição de guia de recolhimento sem o trânsito em julgado da decisão- Sentença Confirmada- Recurso não Provido - Quem determina a expedição de guia de recolhimento é o Juiz da Sentença. Depois de transitar em julgado a decisão, pois antes disso não se aperfeiçoa o título executivo. (TJSP. JTJ 159/317).

Entretanto, tal posicionamento encontra-se superado. A falência do sistema carcerário e a existência de milhares de presos condenados em primeira instância por sentenças ainda sujeitas a apelações e mesmo recursos sem efeito suspensivo, praticamente “abandonados” enquanto seus processos não são julgados em definitivo, impedidos de pleitearem qualquer tipo de benefício, em razão da inexistência de Guia de Recolhimento, motivou ao Conselho Nacional de Justiça aprovar a Resolução nº 19, que disciplina a execução provisória da pena em todo o país e torna obrigatória a expedição da Guia de Recolhimento Provisória referente à sentença criminal condenatória, ainda que sujeita a recursos sem efeito suspensivo.

Orientados pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais Pátrios já editaram, no âmbito de suas atribuições, Provimentos de igual conteúdo, possibilitando assim a execução provisória da pena, com a expedição de Guia de Recolhimento provisória, mesmo diante de falta de previsão legal de procedibilidade.

É válido ressaltar que houve grande mobilização da Associação de Juízes para a Democracia e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que, em suas

razões, esclareceram que o objetivo maior do movimento era possibilitar aos presos, com condenações ainda não transitadas em julgado, o seu acesso à Justiça da execução penal, ainda que porventura esse acesso fosse total ou parcialmente limitado por um entendimento jurisprudencial em específico.

Com efeito, a regulamentação desse procedimento, ainda que no âmbito interno dos Tribunais e tomando por parâmetro o processamento das execuções de condenações já transitadas em julgado, possibilitou a existência física dos autos, permitindo que as partes possam apresentar suas postulações e o Poder Judiciário apreciá-las, seja em grau originário, seja mesmo em grau de recurso, sanando defeito gravíssimo do modelo anterior em que sequer havia autos para o questionamento da possibilidade de existência da execução provisória.

Sanada à questão da expedição de Guia de Recolhimento Provisória, tornou-se mais fácil o reconhecimento dos demais direitos pertinentes à Execução Penal. Entre eles, destacam-se os seguintes:

### **7.1 Progressão de Regime**

A Progressão para Regime menos gravoso certamente é o benefício mais postulado pelos presos, com condenações ainda não definidas, sendo tal postulação baseada, *a priori*, em duas situações distintas.

A primeira decorrente do tempo de encarceramento cautelar do preso, superior ao exigido por lei para a inserção em regime menos gravoso, quando considerada a pena a si aplicada.

A LEP estabelece no seu artigo 112 que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Atendidas as condições subjetivas e preso cautelarmente por prazo superior ao exigido para a progressão de regime, os Tribunais Pátrios têm acatado a possibilidade de sua inserção em regime menos gravoso, exigindo apenas que tenha ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público, não havendo assim possibilidade de majoração da pena.

Neste sentido:

É admissível a execução provisória da pena privativa de liberdade imposta em sentença condenatória que, tendo transitado em julgado para a acusação, pende de recurso interposto pela defesa, pois em tal hipótese não há como elevar-se, em sede de apelação, a pena de reclusão fixada na sentença recorrida, sendo certo que nenhum prejuízo sofrerá o Estado com a mera antecipação do início da execução da pena e, por outro lado, beneficiado será o réu, que poderá ainda no decorrer do apelo, ver processado eventual pedido de progressão de regime prisional formulado a ser favor. (RJDTCRIM 41/331).

A outra situação ocorre quando é estipulado na sentença regime mais brando do que o fechado, contudo, não é permitido ao réu apelar em liberdade. Nestes casos, a jurisprudência e doutrina dominante também têm se posicionado pelo direito subjetivo do preso de ser colocado no regime indicado na sentença condenatória, desde que não haja possibilidade de endurecimento de sua situação, em virtude da pendência de recurso.

Destacam-se as seguintes decisões com este sentido:

HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL GRAVE – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO JULGADO – POSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 267 DO STJ – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – REGIME PRISIONAL ABERTO – CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DESVIO

DE FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – 1. Os recursos para os tribunais superiores, em regra, possuem apenas o efeito devolutivo, não obstando a execução da condenação, com a expedição de mandado de prisão. Incidência da Súmula nº 267 do STJ. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. 2. Consubstancia-se constrangimento ilegal sanável por Habeas Corpus, o cumprimento de pena em regime prisional mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória, sob pena de proteção do indevido desvio da finalidade da pretensão executória estatal. 3. Habeas Corpus parcialmente concedido para assegurar ao paciente o seu direito de cumprir a pena no regime aberto, que lhe foi imposto na sentença condenatória ou, não sendo isto possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga em estabelecimento adequado em prisão domiciliar. (STJ – HC 200600616046 – (56527) – MG – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 01.08.2006 – p. 499)

HABEAS CORPUS – Paciente condenado a cumprir pena restritiva de liberdade em regime semi-aberto. Apelação interposta pelo paciente. Execução provisória. Pena que vem sendo cumprida em desacordo com o previsto em lei. Paciente recolhido em cadeia pública interiorana em condições do regime fechado. Ausência de vaga em estabelecimento prisional próprio para o cumprimento da pena no regime estabelecido. Constrangimento legal configurado. Ordem concedida. (TJBA – ACr 51.235-1/2005 – (13700) – Rel. Des. Emílio Salomão Pinto Resedá – DJU 23.03.2006)

“Se o réu, preso provisoriamente, vem a ser condenado a cumprir pena em regime semi-aberto, tem o direito de começar a cumprir a reprimenda no regime disposto na decisão, pois caracteriza constrangimento ilegal, reparável pela via Habeas Corpus, deixa-lo sujeito ao regime fechado enquanto não transitar em julgado. (TJSP- RT 764/560).

É oportuno lembrar, contudo, que se houver custódia cautelar relativa à outro feito ainda não sentenciado, será possível a execução provisória relativa ao delito anterior, mas não poderá ser concedido benefício que frustre a prisão cautelar do processo em que não há sentença.

Assim, os dias em que o apenado está preso certamente poderão ser computados para todos os efeitos em relação ao processo já sentenciado, mas a concessão de benefícios que impliquem em sua colocação em liberdade ficará obstada por força da existência de uma prisão cautelar em processo no qual ainda não se pode falar em execução provisória.

## 7.2 Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito

A Substituição da Pena Privativa de Liberdade é cabível nas seguintes situações: 1) crime culposos ou crime doloso com pena inferior a 4 (quatro) anos; 2) o crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça; 3) o réu não ser reincidente no mesmo crime (reincidência específica); 4) as circunstâncias judiciais serem favoráveis.

O reconhecimento de tais circunstâncias e a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, a priori, são incompatíveis com a permanência da segregação cautelar do réu preso, após o advento da sentença condenatória, não havendo, portanto, razões plausíveis para discussão em torno do tema, ligado à execução penal provisória.

Com efeito, é assente na doutrina pátria que somente é cabível a execução provisória da pena, quando implica em privação da liberdade do réu. Não sendo o caso, deve-se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória. É o que se extrai das ementas ora transcritas:

HABEAS CORPUS – INEXISTÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO À LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR DO PACIENTE – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – TRÂNSITO EM JULGADO – 1. Não havendo qualquer lesão ou iminência de lesão à liberdade de ir, vir e ficar do paciente, não há falar em cabimento do habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República). 2. As penas restritivas de direitos não admitem execução provisória (Lei de Execução Penal, artigo 147). 3. Ordem denegada. (STJ – HC 200501815179 – (49386) – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalho – DJU 01.08.2006 – p. 554)

AÇÃO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.” (STF – HC 88.413-0/MG – 1ª T. – Rel. Cezar Peluso – DJU 09.06.2006).

HABEAS CORPUS – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – VEDAÇÃO – O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida. (STF – HC 88741 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 04.08.2006 – p. 78)

### 7.3 Suspensão Condicional da Pena - SURSIS

Entretanto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser possível a execução provisória de sentença que estabeleceu a suspensão condição da pena, quando pendente apenas a análise de recurso sem efeito suspensivo.

Ressalte-se que a suspensão condicional da pena é aplicada quando não é possível a substituição da pena, em razão do crime ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, mas ainda assim a pena é inferior a dois anos, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Eis a decisão:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA- SURSIS. A interposição de recurso especial ou extraordinário, por serem recebidos apenas no efeito devolutivo, não obsta a execução da pena, daí que é admissível a realização da audiência admonitória pertinente ao sursis, marcando o início da execução da sentença. (STJ. HC nº 4412/PR, 5ª Turma, DJU de 16-12-96, p.50.890)

### 7.4 Outros Direitos

Outros direitos previstos na LEP, como o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho, saída temporária disciplinada, o trabalho externo, a soma e unificação da penas, a priori, também seriam passíveis de aplicação ao preso provisório, desde que atendidas os requisitos de cada instituto, não havendo qualquer dificuldade técnica mais imperiosa para impedir sua contemplação.

Ressalta-se que, como dito alhures, até mesmo a sentença condenatória definitiva não faz coisa julgada em termos absolutos, uma vez que sempre pendente

da possibilidade de sua anulação ou de rescisão por meio de *Habeas Corpus* ou de Revisão Criminal.

Observa-se que mesmo nos casos em que há anulações ou absolvições por via revisional, os processos de execução criminal absorvem-na sem maiores transtornos. O mesmo, rigorosamente, é aplicável às execuções provisórias, com as respectivas guias podendo suportar quaisquer modificações supervenientes em razão dos recursos de apelação ainda em processamento, nesse caso bastando a alteração do cálculo das penas, exatamente como já é procedido nas execuções definitivas, quando acrescidas de outras condenações.

Ademais, é sabido que a grande maioria das apelações criminais não resulta em provimento ou em modificações substanciais na decisão de primeira instância. Nesse sentido, a admissão da execução provisória, com a extensão de todos os direitos previstos na LEP, possibilitará que, desde logo, inúmeros casos possam ir sendo processados e definidos, reduzindo assim o clamor público existente contra a morosidade da execução penal e, sobretudo, evitando-se situações esdrúxulas e iníquias que infelizmente ainda são detectadas nos estabelecimentos carcerários do Brasil.

## 8 DO JUÍZO COMPETENTE PARA APLICAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A competência para aplicar a execução penal é, a princípio, do juízo indicado na Lei de Organização Judiciária local. Não havendo, contudo, juiz especializado para a execução, esta ficará a cargo do juiz da condenação.

Tratando-se de execução provisória tramitando em Comarca de Vara única ou havendo coincidência entre o juiz da condenação ou da execução, dúvida alguma haverá acerca da competência do juízo para executá-la.

Entretanto, havendo pluralidade de juízes, a doutrina e jurisprudência pátria divergiam sobre qual deveria ser o mais indicado para proceder a execução provisória e seus incidentes: se o mesmo da condenação ou o da execução ou mesmo do Tribunal onde o apelo estava sendo avaliado.

Esta celeuma deveu-se, sobretudo, pela falta de regulamentação da procedibilidade da execução provisória, deixando a cargo da interpretação dos operadores do direito seu processamento, o que ensejou ritos diferentes nos diversos Tribunais Estaduais.

Como decorrência o que se verificava na prática judiciária era muitos julgadores que até admitiam em princípio o cabimento da execução provisória, mas sua atuação jurisdicional acabava sendo impedida por força da inexistência de uma disciplina para seu processamento.

Assim, era que muitos juízes das execuções penais acompanhavam a situação de condenados provisórios, quando da fiscalização dos estabelecimentos prisionais, mas não tinham como analisar sua real situação carcerária, em razão da ausência de Guia de Recolhimento que lhe conferisse o conhecimento necessário sobre sua condenação, para fins de possibilitar a aplicação do tratamento carcerário adequado.

Por outro lado, o juízo da condenação, ao remeter os autos do processo ao tribunal *ad quem*, sem a extração da guia de recolhimento provisória, ficava impossibilitado de decidir acerca de qualquer incidente do réu mantido preso cautelarmente, restando à corte recursal o encargo de decidir sobre a permanência da segregação cautelar do preso, resultando este em situação praticamente de abandono.

Os Tribunais Superiores, por sua vez, tinham entendimento que deveria prevalecer a competência do juízo da condenação para decidir sobre incidentes de execução das penas quando a sentença condenatória ainda não transitou em julgado.

É o que se extrai das ementas ora transcritas:

RECURSO EM "HABEAS CORPUS". SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. RÉU PRESO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. COMPETÊNCIA. Compete ao juízo da condenação decidir sobre o pedido de progressão do regime prisional formulado pelo réu submetido a execução provisória da sentença condenatória. Recurso provido. (STJ, 5ª Turma, RHC 9600401365, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 21/10/96, pg. 40266)

HABEAS CORPUS. PRESO PROVISÓRIO. PROGRESSÃO DE REGIME. JUÍZO DA CONDENAÇÃO. 1.O entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que a competência para decidir sobre progressão de regime de cumprimento da pena em relação aos presos provisórios, ou seja, no período que medeia entre a publicação da sentença condenatória e o seu trânsito em julgado é do Juiz da condenação. 2. Reconhecida a incompetência do TJMT, dado que a sentença condenatória foi preferida por Juiz de Direito no exercício de competência

federal, com remessa dos autos ao TRF - 1ª Região. (STJ, 6ª Turma, HC 98 00681213, Rel. Min. Fernandes Gonçalves, DJ 17/02/1999, pg. 00167)

Entretanto, tal posicionamento também restou superado pela Resolução nº 19, de 29 de agosto de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina a execução provisória da pena em todo o país.

Segundo o regramento conferido por mencionada Resolução, a expedição da Guia de Recolhimento Provisória referente à sentença criminal condenatória, ainda que sujeita a recursos sem efeito suspensivo, é obrigatória e será feita pelo juiz da condenação, que depois a remeterá para o juiz das execuções criminais.

Nos casos em que os autos do processo já se encontrem no Tribunal Recursal, será a Guia de Recolhimento por este extraída e remetida ao juiz da execução.

Em qualquer situação, passará o juiz das execuções penais a ser responsável pelo acompanhamento daquela execução provisória, tendo competência para decidir qualquer incidente pertinente.

Mesmo andando na contra-mão do posicionamento então cristalizado nos Tribunais Superiores a respeito da matéria, a opção escolhida pelo Conselho Nacional da Magistratura parece mais apropriada.

Primeiro, porque já impera o princípio da universalidade desse juízo, concentrando a fiscalização do cumprimento das diversas condenações impostas a um mesmo apenado. Ao contrário do juízo da condenação, que ficaria com sua competência restrita à execução provisória da pena que aplicou, advindo daí uma visão parcial da situação carcerária do preso, pois não teria conhecimento sobre as demais, se oriundas de juízos diferentes.

Assim, o juízo da execução seria o único em condições de unificar os vários títulos condenatórios, de forma a evitar o cumprimento simultâneo de decisões condenatórias, mesmo porque tal unificação é imprescindível para o cômputo do requisito temporal exigido por muitos dos institutos da LEP.

Ademais, é o juízo da execução aquele que, via de regra, exerce a corregedoria permanente do estabelecimento prisional onde o condenado está recolhido, tendo assim melhor conhecimento de suas condições prisionais e maior acesso à administração que exerce a custódia imediata do preso.

## 9 CONCLUSÕES

A Constituição Federal de 1988 elegeu como cláusula pétrea o princípio da presunção de inocência, estatuído no seu art. 5º, inciso LVII, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A jurisprudência mais moderna tem dado uma nova concepção ao princípio da presunção de inocência, chamando-o de princípio da presunção de não culpabilidade, o qual explicita o momento a partir do qual acerta-se em definitivo a culpa do acusado. Argumenta-se que não se trata de afirmar, *a priori*, a inocência do réu, pois, se assim fosse, não haveria lugar em nosso ordenamento jurídico para a prisão cautelar, a qual sequer depende da existência de ação criminal.

É inquestionável, contudo, que da presunção de inocência emergem outros princípios fundamentais ao processo. Dentre eles, estão o direito à ampla defesa, o ônus da prova do crime incumbido à acusação, o duplo grau de jurisdição, direito de o réu recorrer em liberdade, direito à prova, entre outros.

Como desdobramento deste princípio, a pena privativa de liberdade, ou seja, o tolhimento do direito de ir e vir do indivíduo, através de seu recolhimento ao cárcere, como consequência jurídica da prática de um crime, somente pode ocorrer quando a sentença penal condenatória não puder mais ser modificada por recurso.

Entretanto, existem situações que exigem uma antecipação do cerceamento da liberdade do suposto autor do delito, como forma de garantir a eficácia da persecução criminal.

Nestes casos, a prisão não é a sanção propriamente dita, dotada de fundamento punitivo utilizado pelo Estado para proteger bens jurídicos de seus cidadãos, mas um instrumento de direito processual penal, visando assegurar o resultado útil da jurisdição penal.

São as chamadas prisões cautelares ou prisões processuais, medidas excepcionais, que somente se justificam dentro dos limites legais e se amparadas nos motivos que a ensejam, visando sempre a garantia da ordem jurídica e social. São medidas acessórias, que somente podem ser erigidas mediante controle judicial, que, na grande maioria das hipóteses, é prévio e deve guardar relação direta com o crime, objeto processual, sendo inconcebível uma prisão cautelar mais onerosa ao réu do que a pena abstratamente prevista.

Dentre elas, a doutrina e jurisprudência majoritária classifica a prisão em virtude de sentença recorrível, pois sempre teria nítida natureza cautelar, em virtude de ser instrumento de preservação dos desígnios da jurisdição penal, jamais antecipatória da execução criminal ou decretada automaticamente, em virtude da lei. Ao contrário, sua necessidade deve estar devidamente justificada pelo juiz, através da demonstração dos motivos fáticos e jurídicos que a ensejaram.

Se, por um lado, a fundamentação para manutenção ou mesmo decretação da prisão do réu condenado, quando a decisão condenatória ainda não transitou em julgado, é pacífica para grande maioria da doutrina e jurisprudência pátria como sendo de natureza cautelar, quando se passa a analisar os efeitos desta prisão na óptica do réu preso, surge o dilema se tal segregação deve permanecer como cautelar ou de antecipação de tutela, passível de execução provisória.

De fato, se a execução da pena tem por pressuposto a formação da culpa do acusado, através de decisão definitiva, enquanto isso não ocorrer, somente pode estar preso por força de custódia cautelar.

No entanto, se negada a execução provisória da pena, pode-se gerar o paradoxo através do qual um indivíduo permanece preso por força de uma prisão cautelar, embasada em um juízo não definitivo, em condições mais gravosas do que estaria se estivesse cumprindo pena com fundamento em uma decisão definitiva.

Assim, enquanto os benefícios da progressão de regime decorrente de execução provisória não colidem com a eficácia da prisão cautelar, problema algum há, pois a dificuldade remanesce no campo dogmático e formal, estritamente, já que na prática o indivíduo continua segregado, ou seja, há uma identidade de eficácias. Entretanto, se tal benefício gera o direito subjetivo do preso em ser posto em liberdade, ainda que restrita, está criada a contrariedade.

Com efeito, se o princípio constitucional da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade é para proteger o acusado contra abusos estatais em detrimento de sua liberdade, exigindo o cumprimento de pena, sem a existência de culpa formada, impossibilitar de forma absoluta a execução provisória da pena, pode ocasionar exatamente o contrário, pois a duração demorada do processo do réu preso, em instâncias superiores, pode impingir tempo de segregação cautelar equivalente ou superior ao cumprimento de pena e em condições mais severas das que determinadas na sentença, haja vista a negação dos direitos previstos na Lei de Execução Provisória.

Ademais, colocar empecilho para o reconhecimento do direito do réu preso em ter sua segregação cautelar reconhecida como passível de execução provisória da pena, com todos os direitos daí decorrentes, implica, em determinadas situações, em inverter o objetivo do princípio da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição, pois em vez do recurso gerar o benefício de ter a condenação imposta revista para minora-la, acaba por representar em tempo maior de privação de sua liberdade.

Apesar do nosso ordenamento jurídico não prever expressamente a Execução Provisória da Pena, lacuna essa que já possibilitou a ocorrência de situações esdrúxulas e iníquias nos estabelecimentos carcerários do Brasil, verifica-se que a interpretação sistemática da legislação penal vigente aponta para sua viabilidade jurídica.

Entretanto, ainda assim os Tribunais Pátrios colocavam barreiras para o reconhecimento do direito do preso à execução provisória e, principalmente, na sua procedibilidade, sendo motivo de celeumas jurídicas desde a competência do juízo responsável por sua aplicação até a extensão dos benefícios que poderiam ser aplicados.

Entretanto, a falência do sistema carcerário e a existência de milhares de presos condenados em primeira instância por sentenças ainda sujeitas a apelações e mesmo recursos sem efeito suspensivo, praticamente "abandonados" enquanto seus processos não são julgados em definitivo, impedidos de pleitearem qualquer tipo de benefício, em razão da inexistência de Guia de Recolhimento, motivaram ao Conselho Nacional de Justiça aprovar a Resolução nº 19, que disciplina a execução provisória da pena em todo o país.

Apesar da Resolução 19 do Conselho Nacional de Justiça admitir apenas a execução provisória referente à sentença criminal condenatória, ainda que sujeita a recursos sem efeito suspensivo, sem mencionar como fica a situação do réu preso enquanto pendente recurso da defesa ou mesmo do Ministério Público, já foi um grande avanço para reduzir o clamor público existente contra a morosidade da execução penal e a situação precária do contingente de presos que aguardam indeterminadamente que sua situação processual seja decidida em definitivo pela instância recursal, em virtude de prisão cautelar.

Entretanto, muito ainda precisa ser feito. O primeiro passo para solucionar a problemática que hoje se coloca em torno da Execução Provisória seria a própria alteração do texto constitucional acerca da presunção de inocência. Não para eliminá-la ou mesmo para restringi-la, mas melhor dimensioná-la, esclarecendo que tal presunção não pode, de forma alguma, ser utilizada para prejudicar o próprio réu.

Com efeito, bastaria a alteração em mencionado dispositivo constitucional, para incluir a viabilidade da execução provisória da pena, desde que seja para o próprio benefício do réu, para possibilitar a edição de legislação infraconstitucional, regulamentando os efeitos da prisão do réu, após sentença condenatória pendente de julgamento com efeito suspensivo. Ao final de contas, a execução penal também é um direito a ser assegurado ao réu de saldar sua dívida para com a sociedade e poder retomar o curso normal de sua vida, não sendo razoável que sua situação fique indeterminadamente indefinida.

O que é inconcebível é um enorme contingente de presos, ainda sem condenação definitiva transitada em julgado, recolhido em precárias condições de dignidade humana mínima, sem acesso a qualquer medida ressocializadora, sem a devida assistência prisional, em razão da demora indeterminada dos Tribunais Pátrios em apreciar os recursos que pendem sua sentença condenatória.

Por último, é importante registrar que a sentença condenatória não faz coisa julgada em termos absolutos, uma vez que sempre pendente 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.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos recursos no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBIERO, Louri Geraldo. **Execução Provisória: necessidade de sua implantação imediata.** RT 764/471-473.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Presunção de não culpabilidade e prisão cautelar. Anais do Seminário “Propostas para um novo modelo de persecução criminal – Combate à impunidade”**, Brasília-DF, 05 e 06 de setembro de 2005

BATISTA, Weber Martins. **O princípio constitucional da inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu.** Livro de Estudos Jurídicos. Instituto de Estudos Jurídico, nº 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Martins Fontes: São Paulo, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella; SILVA, Odir Odilon Pinto da. **Execução Penal: questões controvertidas.** Porto Alegre: Estudos MP3, Escola Superior Ministério Público, 1989.

BRASIL, **Constituição federal, código penal, código de processo penal, coletânea de legislação.** Organizador Luiz Flávio Gomes; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 8º ed.rev., atual e ampl- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Tomo II.** Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito Ltda., 1956.

CARRARA, Francesco, **Programa de Curso de Direito Criminal**, 5ª ed., Lucca: Canovetti, n.II, 1994

COELHO, Luiz Carlos. **Competência em execução provisória**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 81, p. 8

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público na execução penal**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1987.

JARDIM, Afrânio Silva. **A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível**. Direito processual penal. 11a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES JR. Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACEDO, Lucas Junqueira Bruzadelli. **Conversão da prisão em flagrante em preventiva no momento da sua comunicação ao juízo criminal. Dilemas da prisão cautelar para um Ministério Público garantista**. Disponível em [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br) Acesso em 02.10.2006

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Atualização Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 1, nº10, novembro de 1993.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**, 11ª ed, São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997

MORAES, Talvane de. **Classificação e triagem de condenados**. Anais do Encontro Nacional da Execução Penal, 1, p.227-264.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **Os direitos humanos e o sistema carcerário ou os direitos dos sub-humanos do sistema carcerário**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 74.

QUEIROZ, Paulo. **Execução provisória da sentença e garantismo. Jus vigilantibus** Vitória, 10 mai. 2005. Disponível em [www.jusvi.com/doutrinas](http://www.jusvi.com/doutrinas) Acessado em 18.04.2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7a. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.