

# EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE

Alexandre Alves dos SANTOS<sup>1</sup>

Rodrigo Lemos ARTEIRO<sup>2</sup>

**RESUMO:** Execução penal é o efetivo cumprimento das disposições da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria. Esta ocorre de forma definitiva, quando a sentença transitou em julgado ou em caráter provisório, nos casos em que não houver o trânsito em julgado definitivo. A natureza jurídica da execução penal revela aspectos jurisdicionais e administrativos. Temos em nosso ordenamento jurídico, diversos diplomas legais que tratam da execução penal, sendo a Lei nº 7.210/84 (LEP) um dos principais instrumentos, mas não podemos deixar de mencionar outros que também tratam do tema como o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei dos Crimes Hediondos, dentre outros. Falaremos também, rapidamente, sobre os objetivos da execução penal, bem como sobre as regras para definição do Juízo competente. Será abordado neste trabalho o antigo e atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução penal provisória. Um dos objetivos deste trabalho é esclarecer sobre os efeitos práticos da decisão pretoriana, utilizando como método a realização de análise do número de processos distribuídos nas Justiças Federal e Estadual em todo o país. Concluímos o presente trabalho afirmando que a execução penal provisória a favor do condenado é perfeitamente possível.

**Palavras-chave:** Execução penal provisória; Princípio da não-culpabilidade; Supremo Tribunal Federal; Efeitos práticos; Constitucionalidade.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PENAL

Execução Penal pode ser definida como o efetivo cumprimento das disposições da sentença penal, sendo que tal sentença poderá ser condenatória a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito ou a pena de multa, podendo ainda a sentença ser absolutória imprópria, no caso de imposição de medida de segurança.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: alexandre.alves@unitoledo.br

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: rodrigoarteiro@unitoledo.br

Na abalizada lição de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 1002): “trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e ou a pecuniária”.

Prosseguindo no ensino de Nucci, a Execução Penal se inicia quando o processo de conhecimento passa para a fase do processo executório. Seu cumprimento não é espontâneo, mas, sim, realizado sob a tutela estatal. É o momento de fazer valer a pretensão punitiva do Estado (“*jus puniendi*”), desdobrada, agora, em pretensão executória (“*jus punitiois*”).

O diploma legal que regula a Execução Penal é a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. No entanto, devemos lembrar que também existem dispositivos acerca da matéria em outros diplomas legais, como no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dentre outros.

Conforme se extrai da Lei nº 7.210/84, em seu artigo 1º<sup>3</sup>, a Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para a reintegração social do indivíduo.

A finalidade da execução penal, além de retributiva no sentido de aplicar a pena como punição, é também de ressocializar o indivíduo preso, por meio da humanização, aplicando políticas de educação e de assistência ao preso e ainda ao egresso.

Nesse sentido, leciona Renato Flávio Marcão (2009, p. 1):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Divergem os estudiosos da Execução Penal quanto a sua natureza jurídica. Para uma parte, principalmente os doutrinadores franceses e italianos, a

---

<sup>3</sup> A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

execução da pena tem natureza predominantemente administrativa, mas com episódios de jurisdicionalidade. É evidente que suas atividades não se esgotam no Direito Administrativo, uma vez que é regulada à luz do Direito Penal, Processual Penal e principalmente subordinado aos princípios constitucionais.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 1003): a execução penal “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”.

Nesse contexto, também não podemos afirmar que se trata de atividade puramente jurisdicional, mas em razão de sua grande complexidade podemos denominar sua natureza como híbrida ou mista, ou seja, a Execução Penal tem ao mesmo tempo naturezas jurisdicional e administrativa.

Como bem observa Ada Pellegrini Grinover, a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo, e não se ignora que dessa atividade participam, diretamente, dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por meio dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos prisionais, respectivamente.

A competência para exercer as atividades jurisdicionais no processo de execução penal é essencialmente definida conforme o estabelecimento prisional em que o preso estiver recolhido, não importa se condenado pela justiça comum/ordinária (estadual ou federal) ou pela justiça especial/extraordinária (eleitoral ou militar).

Para evitar a proliferação dos incidentes de conflito de competência entre juízes estaduais, federais, militares e eleitorais, o Superior Tribunal de Justiça – S.T.J., em 25/06/1997, editou a Súmula 192, conforme transcrição abaixo:

Súmula nº 192: Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual.

Desse modo, estando o preso recolhido em estabelecimento prisional estadual, será competente o juiz estadual para conduzir o processo de execução

penal, não importando se sua condenação seja da justiça estadual ou federal (jurisdição comum/ordinária) ou ainda justiça eleitoral ou militar (jurisdição especial/extraordinária).

A contrário sensu, podemos afirmar que será competente o juiz federal, para conduzir a execução penal do sentenciado que esteja recolhido em unidade prisional mantida e administrada pela União, independentemente da origem de sua condenação penal. Ressalte-se que tal afirmação se encontra atualmente prevista no artigo 2º<sup>4</sup>, bem como no artigo 4º, § 1º<sup>5</sup>, ambos da Lei 11.671, de 08 de maio de 2008, a qual dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais.

Devemos também esclarecer que, caso o criminalmente condenado pelas Justiças Eleitoral e/ou Militar, não esteja recolhido em estabelecimento penal da jurisdição ordinária estadual ou federal, será competente para fazer cumprir as disposições da sentença, a respectiva justiça especial que houver proferido a decisão.

Podemos citar como exemplo a condenação da Justiça Eleitoral a ser cumprida em sursis (suspensão condicional da pena) ou a condenação da Justiça Militar que vem sendo cumprida em estabelecimento penal militar, conforme verificamos nos seguintes precedentes: STJ - CC 16.941-SP, STF - HC 73.920-RJ, STJ - RHC 2254-RS e STJ - CC 19.119-RS.

Outro ponto controvertido é a competência recursal dos incidentes de execução penal, nos casos em que a condenação é proveniente de justiça diversa da qual está subordinada o estabelecimento penal, hipótese que não está contemplada na Súmula nº 192 do STJ, o que deixa margem a dúvidas.

Nesses casos, embora ainda existam posicionamentos diversos, predomina na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, o entendimento de que a competência para os pedidos em sede de execução penal é do Juízo ao qual o apenado está vinculado (vide Súmula 192-STJ), sendo que eventuais recursos devem ser dirigidos para o respectivo Tribunal, ou seja, a competência é originária e

---

<sup>4</sup> A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

<sup>5</sup> A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente.

recursal, conforme precedentes a seguir: STJ - HC 106.367-SP e STJ - CC 95.575-SP.

Entendemos como correta essa orientação jurisprudencial, uma vez que a concentração, em ambas as instâncias, da execução de pena busca garantir a segurança jurídica e a uniformização dos julgados com vistas ao bom funcionamento dos estabelecimentos carcerários.

## **2 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA**

A princípio, a execução de pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou de medida de segurança, se inicia após o trânsito em julgado da sentença, conforme observamos nos artigos 105<sup>6</sup>, 147<sup>7</sup>, 164<sup>8</sup> e 171<sup>9</sup> da Lei de Execução Penal.

Para o início da execução da pena, é preciso que o juízo de conhecimento determine a expedição da guia de recolhimento, devendo a mesma ser enviada a Vara das Execuções Criminais competente.

No entanto, em razão do contido no artigo 2º, § único<sup>10</sup>, da Lei de Execução Penal, vinha sendo amplamente admitida em nossa jurisprudência a execução provisória de sentença penal, ou seja, a execução da pena se iniciava mesmo sem o trânsito em julgado da sentença.

---

<sup>6</sup> Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

<sup>7</sup> Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

<sup>8</sup> Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

<sup>9</sup> Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

<sup>10</sup> Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

A execução penal provisória pressupõe a existência de sentença penal, sem o trânsito em julgado definitivo, obviamente. Essa questão sempre despertou controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

Entretanto, não podemos confundir execução penal provisória com prisão provisória, pois enquanto não houver título executivo, ou seja, sentença penal com a expedição da respectiva guia de recolhimento, estaremos diante da prisão provisória, que poderá ocorrer em razão de: prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989), prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP), prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP) e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (art. 387, § único do CPP).

Enquanto a prisão provisória se reveste em juízo de cautelaridade, a prisão definitiva se estabelece no juízo de culpabilidade.

## **2.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – S.T.F.**

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal – S.T.F. admitiu o recolhimento a prisão do condenado a pena privativa de liberdade por decisão sujeita apenas aos recursos excepcionais (especial e extraordinário), conforme podemos constatar em ementa abaixo:

**E M E N T A:** HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO - MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. - A mera interposição dos recursos de natureza excepcional - recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) - não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes. JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. - A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao

prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garantida ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem - porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal - faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU. - O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E PRISÃO ANTECIPADA DO CONDENADO. - O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede - em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.

(HC 72610, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 06-09-1996 PP-31850 EMENT VOL-01840-02 PP-00257). (grifo nosso)

Até então, prevalecia em toda jurisprudência a tese de que é possível a execução penal provisória, inclusive com a concessão dos benefícios judiciais a ela inerentes.

Ressalte-se ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 24 de setembro de 2003, aprovou as Súmulas de nº 716 e 717, as quais corroboram com entendimento firmado até então, conforme abaixo transcrito:

Súmula nº 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 nº 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.

No entanto, tal entendimento tem sido questionado nos últimos tempos e veio a sofrer substancial alteração no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7 (Minas Gerais), o qual foi apreciado pelo plenário da Corte Suprema.

O referido Habeas Corpus deu entrada no tribunal em março de 2004, sendo distribuído ao Ministro Nelson Jobim (atualmente aposentado), tendo o então Relator, inicialmente denegado e posteriormente concedido a liminar, para cassar a ordem de prisão preventiva expedida contra Omar Coelho Vitor, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tal prisão havia sido decretada em atendimento ao requerido pelo Ministério Público daquele Estado, sob alegação de que o réu estaria colocando a venda todo o seu patrimônio, demonstrando seu intento de furtar-se da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de maneira a facilitar sua evasão.

Com a aposentadoria do Ministro Nelson Jobim, o processo foi redistribuído ao Ministro Eros Grau. O mérito do habeas corpus em tela começou a ser julgado pela segunda turma, em abril de 2008, que decidiu afetá-la ao plenário, quando o Ministro Menezes Direito pediu vista do processo, trazendo o caso de volta ao plenário no início de 2009.

Em sessão ocorrida no dia 05 de fevereiro de 2009, por 07(sete) votos a 04(quatro), o plenário da Corte confirmou a liminar, concedendo a ordem para determinar que o paciente Omar Coelho Vitor aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O mesmo havia sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos-MG (Processo nº 047998001280-7 – 1ª Vara), a pena de 07(sete) anos e 06(seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal). Posteriormente teve sua condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em seguida, interpôs Recurso Especial (sem efeito suspensivo), sendo que o STJ havia negado o direito de recorrer em liberdade, tendo então, sido interposto HC ao STF, cuja decisão foi submetida ao plenário.

Durante o julgamento, os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento da matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos de natureza excepcionais examinam apenas a tese jurídica, sendo os aludidos recursos desprovidos de efeito suspensivo, conforme



dispõe o artigo 27, § 2º da Lei nº 8.038/90. Afirmaram também, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto no Brasil.

Por outro lado, o Ministro Celso de Melo, que votou pela concessão da ordem, admitiu que a prisão cautelar processual é perfeitamente possível, desde que devidamente fundamentada com base nos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, segundo os Ministros que votaram pela concessão da ordem, uma prisão provisória só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República, restando demonstrada sua real necessidade, que é fator determinante para que alguém aguarde preso o julgamento final de seu processo.

Em seu brilhante e irretocável voto, a Ministra Ellen Gracie demonstrou sua profunda preocupação com os rumos que o julgamento estava tomando, chamando a atenção para a importância da matéria, bem como as consequências que aquela decisão poderia acarretar. Transcrevemos abaixo, um pequeno trecho do voto proferido pela insigne magistrada, conforme segue:

[...]

A prisão preventiva como todos sabem se dá por garantia da ordem pública. O Ministro Carlos Britto muito brilhantemente nos recordou que este é um princípio extremamente vago, de difícil aplicação, muito mais frequentemente rejeitado no reexame dos Tribunais. Pode ser também decretada por garantia da ordem econômica, e aqui nós estamos diante de uma hipótese ainda mais difícil de ser caracterizada, porque ordem econômica naturalmente é aquela ordem econômica mais ampla, a ordem nacional. Quem sabe talvez pudesse atentar contra a ordem econômica nacional algum ato do presidente do Banco Central; fora disso, realmente, é muito difícil de nós chegarmos a configurar essa hipótese. A terceira hipótese é a da conveniência da instrução criminal, já não aplicável porque a instrução criminal se encerrou. Portanto, ao invés de termos quatro pressupostos, temos apenas três. Ou ainda, a última hipótese: para assegurar a aplicação da lei penal. Neste caso concreto, Senhor Presidente, o Ministro Menezes Direito foi extremamente cuidadoso ao referir que o réu, na hipótese, estava vendendo todo o seu patrimônio, preparando-se, portanto, para colocar-se em condições de exatamente evadir-se à aplicação da lei penal. No entanto, também essa hipótese muito concreta que se verifica aqui não está sendo considerada pelo plenário. Portanto, Senhor Presidente, eu chego à conclusão de que raras, raríssimas serão as hipóteses em que esta Corte concederá qualquer valia, seja à sentença de primeiro grau, onde extensamente foi examinada prova e fato, ou à sua eventual confirmação pelo segundo grau de jurisdição, que como todos sabemos tem ampla liberdade para revisar a produção dessas provas e definir a certeza sobre os fatos. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado, é algo inconcebível, com todo o

respeito. A prevalecer essa tese nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por Tribunal de segundo grau, único competente, volto a frisar, para reexaminar a autoria, a materialidade, e a prova dos fatos. Esta análise não podem fazê-lo, nem o Superior Tribunal de Justiça, nem o Supremo Tribunal Federal, tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo.

Não creio, não creio, Senhores Ministros, que a extrema violência que impera no Brasil, e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira, estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC nº 72.366. Nesta linha, vale lembrar mais uma vez - [sobre] o precedente que estaríamos quebrando – as palavras do Ministro Francisco Rezek na apreciação de um outro HC, de nº 71.026. Disse Sua Excelência, naquela ocasião: “Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado de decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva”. (grifo nosso)

Após prolongados e acalorados debates, votaram pela concessão da ordem os Ministros **Eros Roberto Grau**, José **Celso de Mello** Filho, Antônio **Cezar Peluso**, **Carlos** Augusto **Ayres** de Freitas **Britto**, Enrique **Ricardo Lewandowski**, **Gilmar** Ferreira **Mendes** e **Marco Aurélio** Mendes de Farias Mello. Foram contrários a concessão, portanto vencidos, os Ministros Carlos Alberto **Menezes Direito**, **Cármen Lúcia** Antunes da Rocha, **Joaquim** Benedito **Barbosa** Gomes e **Ellen Gracie** Northfleet.

Dessa forma, alterou-se o posicionamento do Corte Suprema, prevalecendo o entendimento de que a prisão do réu antes da sentença condenatória transitada em julgado ofende o princípio da não-culpabilidade, expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Importante ressaltar que no caso em tela o réu respondeu o processo em liberdade, por isso o entendimento de que o mesmo só deverá ser recolhido a prisão após a sentença se tornar definitiva.

## **2.2 EFEITOS PRÁTICOS DE ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO S.T.F.**

Gostaríamos, inicialmente, de chamar a devida atenção para o fato de que o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, externada no HC em estudo, não acarretará a libertação de grande número de presos.

Faz-se necessário esclarecer que, a grande maioria dos magistrados, especialmente os da Justiça Comum do Estado de São Paulo, já vinham sentenciando no sentido de que o réu poderia aguardar o trânsito em julgado da sentença penal em liberdade, desde que não estivesse cautelarmente preso no processo.

De outro lado, se o réu é mantido cautelarmente preso durante o andamento processo, obviamente, em regra, não poderá aguardar o trânsito em julgado em liberdade, em razão da cautelaridade de sua prisão.

Mesmo após a decisão do STF, que praticamente tornou absoluto o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, continuaram os acalorados e divergentes debates. Por um lado, argumentam que foi apenas garantida a eficácia normativa da Constituição e de outro lado, fazem uma associação entre o aludido princípio constitucional e a criação de obstáculos para a efetiva realização de justiça, o que poderia resultar em impunidade.

Considerando que a grande maioria dos crimes que causam temor e insegurança em nossa sociedade, como roubo, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, homicídio, tráfico de drogas, dentre outros, são de competência das Justiças Estaduais, realizamos uma breve análise da 6ª edição do Relatório do Conselho Nacional de Justiça – C.N.J. (Justiça em Números 2008).

Nesse relatório, constatamos que as Justiças Estaduais de 1ª instância receberam um total de 12.250.758 (doze milhões, duzentos e cinqüenta mil, setecentos e cinqüenta e oito) novos casos, entre cíveis e criminais, excluídos os Juizados Especiais. Já na 2ª instância foram recebidos um total de 1.864.008 (um milhão, oitocentos e sessenta e quatro mil e oito) novos casos, dentre processos

originários e recursos, excluídas as Turmas Recursais, o que representa aproximadamente 15,2% em comparação a quantidade da 1ª instância.

Dessa forma, percebemos que o número de casos que dão entrada na 2ª instância, por meio de recurso é relativamente baixo, uma vez desses 15,2%, devemos excluir aqueles que são de competência originária dos Tribunais Estaduais, bem como os recursos de matérias cíveis.

Dos casos que chegam a 2ª instância da Justiça Estadual, uma porcentagem também pequena, cerca de 25%, apresentam recursos aos Tribunais Superiores, ou seja, STF e STJ. Como vimos, é sobre essa reduzida porcentagem que eventualmente poderão recair os efeitos da decisão do STF, uma vez que é preciso lembrar sobre a possibilidade de prisão processual antes do trânsito em julgado.

Devemos ressaltar também que essa porcentagem abrange tanto os processos cíveis (que não são atingidos pela decisão do STF), quanto os criminais. E, em se tratando de recursos excepcionais (recurso especial – STJ e recurso extraordinário – STF), convém lembrar que boa parte não é aceita em razão da falta de condições técnicas de admissibilidade.

Dessa forma, percebemos que é um exagero a percepção de que nossa sociedade tornou-se menos segura e mais impune com a decisão do STF. Nesse contexto, podemos afirmar tranquilamente que haverá pouquíssimas alterações na realidade fática do sistema prisional brasileiro, o redundando dizer que não teremos grande impacto da realidade do sistema penal, pelo menos em relação às demandas penais que tramitam nas Justiças Estaduais, que são imensa maioria.

Por outro lado, apresenta uma realidade completamente diversa, a Justiça Federal, a qual é competente para julgar os crimes que, na maioria das vezes, não amedrontam tanto a sociedade, mas são igualmente graves, como crimes políticos; crimes praticados contra bens, serviços ou interesses da União; crimes contra a organização do trabalho e crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, dentre outros, todos previstos no artigo 109 da Constituição Federal.

Em relação à Justiça Federal, observamos que, no mesmo período, a 1ª instância recebeu um total de 617.397 (seiscentos e dezessete mil, trezentos e

noventa e sete) novos casos, entre cíveis e criminais, excluídos os Juizados Especiais, enquanto na 2ª instância foram recebidos um total de 473.607 (quatrocentos e setenta e três mil, seiscentos e sete) novos casos, entre processos originários e recursos, excluídas as Turmas Recursais, o que representa aproximadamente 76,7% em comparação a quantidade da 1ª instância.

Devemos observar que, mesmo desconsiderando a competência originária da segunda instância, a porcentagem de processos a ela submetidos é consideravelmente alta, se comparada com os números das Justiças Estaduais.

Existe ainda, a questão das Justiças Militar e Eleitoral, as quais infelizmente não estão contempladas no relatório do Conselho Nacional de Justiça – C.N.J. (Justiça em Números 2008).

Mas, pelo que bem sabemos, a Justiça Eleitoral apresenta elevadíssima porcentagem de recursos, que geralmente caminham até a última instância, ou seja, Tribunal Superior Eleitoral – T.S.E., em se tratando de matéria eleitoral, ou ainda, não raras vezes, chega até o Supremo Tribunal Federal – S.T.F., nos casos em que é alegada ofensa a Constituição Federal.

Após breve análise de todo o contexto, fica a indagação: a qual tipo de crime e criminoso servirá o novel entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal?

Não é coerente que a presunção de inocência nos crimes graves tenha a mesma mensuração de benevolência dos crimes de mínima e média potencialidade ofensiva. E principalmente, não é razoável que nesses crimes se restrinja a prisão preventiva como vem ocorrendo.

Percebemos que, por meio de interpretação, em razão do princípio do estado de inocência, foi conferido efeito suspensivo aos recursos especial – STJ e extraordinário – STF, bem como aos demais recursos possíveis ao acusado em matéria penal.

Mas, o que de fato mudou, é que o réu que vinha respondendo o processo solto poderá continuar nessa condição mesmo após o julgamento de seu recurso de apelação na 2ª instância, caso venha interpor qualquer tipo de recurso, conforme podemos constatar em recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal

de Justiça – S.T.J. e pelo Supremo Tribunal Federal – S.T.F., respectivamente, em ementas abaixo colacionadas:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU EM LIBERDADE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão processual, assim entendida aquela que antecede o trânsito em julgado, só pode ser imposta se evidenciada sua rigorosa necessidade. 2. A determinação da prisão, com base apenas no esgotamento das instâncias ordinárias e sem amparo em dados concretos, evidencia constrangimento ilegal. 3. No caso, o paciente, que permaneceu livre durante todo o processo, foi condenado por sentença que lhe beneficiou com a possibilidade de recorrer em liberdade e de que o mandado de prisão só fosse expedido após o trânsito em julgado. 4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo.

(HC 128.714/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 08/06/2009). (grifo nosso)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA TENTADA. PRISÃO DETERMINADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A JUSTIFICAR A SEGREGAÇÃO, QUE GUARDA NATUREZA CAUTELAR. RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO SUSPENSIVO DESTES QUE NÃO AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA NA PARTE CONHECIDA DO WRIT. I - O Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. II - Paciente que permaneceu solto durante todo o curso processual, e cuja prisão foi determinada apenas por ocasião do julgamento da apelação. III - Decisão lacônica que carece de maior fundamentação. IV - Nulidades processuais, que não podem ser conhecidas sob pena de julgamento per saltum. V - Impetração conhecida em parte, concedendo-se a ordem na parte conhecida para que o réu aguarde solto o julgamento dos recursos. (HC 91676, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-01 PP-00134). (grifo nosso)

Desse modo, só será determinado o recolhimento à prisão após o trânsito em julgado da sentença penal.

Já o réu que vinha respondendo o processo preso, em regra, continuará nessa condição, mesmo interpondo todos os recursos a que tenha direito, desde que continuem presentes os requisitos da prisão cautelar.

### 3 A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA A FAVOR DO RÉU

Apesar de o Supremo Tribunal Federal – S.T.F. não haver expressamente permitido a execução penal provisória a favor do réu, está implícito que esta se mostra perfeitamente revestida de constitucionalidade, desde o réu já esteja cautelarmente preso no processo e que a sentença penal tenha transitado em julgado para a acusação, pois já teríamos um teto máximo de pena aplicada.

Entendemos ainda que, excepcionalmente, em casos específicos, seria possível a execução provisória mesmo com recurso interposto pela acusação. Podemos citar como exemplo o caso do preso que já preenche todos os requisitos a determinado benefício pleiteado, mesmo se considerando uma hipotética aplicação de pena máxima. Poderá haver também, casos em que o preso estará prestes a cumprir integralmente sua pena. Nessas hipóteses, devemos nos valer do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Se isso não for considerado, estaremos, na verdade, trazendo enorme prejuízo ao preso. Os direitos e garantias fundamentais, previstos na magna carta, além de não serem absolutos, devem servir apenas para proteger o indivíduo e não para prejudicá-lo. É o que de fato acontecerá, caso o recente entendimento externado pelo STF seja cegamente utilizado como causa impeditiva da execução penal provisória em favor do réu.

Conforme já mencionamos, mesmo após a nova orientação pretoriana, fica ressaltada a possibilidade de prisão cautelar antes do trânsito em julgado, conforme decisões já proferidas pelos Tribunais Superiores (STJ e STF) respectivamente, em ementas abaixo colacionadas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do

CPP" (Informativo 534). 2. Sendo decisão do Plenário do STF, a fidelidade ao enunciado sumular 267/STJ não se justifica, porquanto somente traria ônus ao paciente. 3. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, a fim de que permaneçam em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

(HC 122.191/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 18/05/2009). (grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Ao julgar o Habeas Corpus n. 84.078, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos decorrente de sentença penal condenatória, ressalvada a decretação de prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Ordem concedida. (HC 96029, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-03 PP-00582 RB v. 21, n. 548, 2009, p. 32-35). (grifo nosso)

Dessa forma, se mostra completamente contraditória e irracional a manutenção da prisão cautelar do réu durante o processo, conforme o próprio STF autoriza e ao mesmo tempo, obstaculizar seu direito de requerer os benefícios inerentes à execução penal.

Esse raciocínio deve ser afastado, sob pena de, em nome de determinada garantia, ser o preso privado de muitos direitos. Ao não pensarmos desta forma, estaremos prejudicando aquele réu que permanece preso por força da prisão cautelar.

Diante de todo o exposto, reiteramos nosso posicionamento de que é possível a execução penal provisória pró-réu, isto é, em favor do réu, inclusive com a concessão dos benefícios judiciais inerentes a Execução Penal, quais sejam: progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação, remição de penas, autorização de saída temporária, dentre outros.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009. 1874 p. (Coleção de leis rideel).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 383 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2008**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 6 ed. Brasília, 2009. 296 p. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7731&Itemid=944](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944)>. Acesso em: 20 jul. 2009.

DELGADO, Yordan Moreira. **Impossibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória à luz das recentes decisões do STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2095, 27 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12542>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2009 – Presidente Prudente, 2009, 116 p.

FALCÃO, Evandro Luís. **Competência na execução da pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1530, 9 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10384>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

FARIA, Fernando César. **A execução antecipada da pena e a liberdade na pendência de recursos de índole excepcional**. O SUPREMO "bate o martelo" (HC n. 84.078/MG). Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 10 de abril de 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CHRISTOFARO, Danilo F. **Execução penal provisória contra o réu: impossibilidade**. Direito de recorrer em liberdade. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 de maio de 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini e BUSANA, Dante (org). **Execução penal** : Lei n.7.210, de julho de 1984; mesas de processo penal; doutrina, jurisprudência e súmulas. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1987. 133 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 5. ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 462 p.

MACHADO, Agapito. **O STF e a prisão provisória**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2083, 15 mar. 2009. Disponível em:  
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12464>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 320 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004-2007. 874 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p.

SILVEIRA, Nicanor Rocha. **Da presunção de inocência e a novel orientação pretoriana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em:  
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12641>>. Acesso em: 03 maio 2009.