

BREVES NOTAS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL “PROVISÓRIA”

Carlos José Alves de Araújo

Promotor de Justiça de 1.^a Entrância em São Gabriel da Cachoeira/Amazonas

Embora não haja legalmente estabelecida a espécie “execução penal provisória”, essa modalidade de fato existe e vem sendo discutida na doutrina e na jurisprudência de nossa Pátria, há algum tempo. O processo de formação do título executivo penal dá-se com a sentença condenatória transitada em julgado e concretiza-se com a expedição da carta de guia (CPP) ou guia de recolhimento (LEP). Esta é expedida após o esgotamento dos prazos recursais do condenado, como se colhe do que dispõe o artigo 105 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1.984 (Lei de Execução Penal), quando estabelece que **“transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade (...) o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”** – grifamos. Este dispositivo condiciona a expedição da guia ao trânsito em julgado da sentença condenatória e, *a contrario sensu*, não se poderia expedir guia de recolhimento enquanto a sentença condenatória não transitasse em julgado. De fato, isso é verdade, no entanto, não se pode dizer que não existe execução provisória de sentença condenatória. Ela de fato ocorre, mormente quando o réu já se encontra preso em razão do flagrante, *verbi gratia*. A própria Lei de Execução Penal diz no seu artigo 2.º, parágrafo único, que **“esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório...”**. O mestre Mirabete dá-nos lição que leva ao entendimento da possibilidade de executar-se provisoriamente a pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória recorrível, quando obtempera, *ad litteram*: **“No caso de sentença condenatória não há propriamente execução enquanto a sentença não passar em julgado, ou seja, enquanto não escoado o prazo para recurso ordinário ou julgado aquele que porventura foi interposto. Isso não impede, porém, que o condenado a pena privativa de liberdade seja recolhido à prisão, mesmo em caso de crime afiançável, enquanto não prestar fiança (art. 594).”** – grifamos (Código de Processo Penal Interpretado: Atlas, 5.ª ed., São Paulo, 1997, p. 875).

O mestre Mirabete deixa entrever que é possível a execução provisória da sentença condenatória recorrível pela defesa e sua voz não é isolada na doutrina nacional. O não menos ilustre mestre Paulo Lúcio Nogueira também espousa o mesmo entendimento, como podemos perceber na argumentação que faz, *verbo ad verbo*: **“Em regra, a execução definitiva se dá quando a sentença penal condenatória transita em julgado, expedindo-se a guia para cumprimento da pena**

perante o juízo da execução...” (Comentários à Lei de Execução Penal, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 163 e 164) – os grifos são nossos.

Com a venia do mestre Paulo Lúcio Nogueira, devemos dizer, sem medo do erro, que a execução definitiva, à qual ele se refere, só pode ocorrer, sem pre, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo a expressão “em regra”, grifada acima, totalmente despropositada e sem acolhimento na sistemática da execução penal. Mais adiante, o citado mestre, com maior clareza, expõe seu entendimento, quanto à possibilidade de execução provisória da sentença condenatória, com essas palavras, *verbis*: “É de se salientar também que existe a execução provisória da sentença, que prescinde da guia de recolhimento, só expedida para a execução definitiva após o trânsito em julgado da sentença. Assim, o juiz da condenação pode determinar a expedição do mandado de prisão, se for o caso, devendo o condenado ser recolhido provisoriamente, tempo este que se chama detração penal, que pode ocorrer quando o réu não fizer jus à apelação em liberdade ou tiver interposto recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo. No entanto, conforme o caso, a execução provisória pode também iniciar-se com a expedição de guia de recolhimento, quando o réu tiver recorrido e o tribunal não puder reformar a sentença sob pena de incidir em reformatio in pejus.” – grifos nossos - (op. cit. pp. 172 e 173).

A *quaestio iuris* que se debate já esteve na Corte mais alta do País e o entendimento foi no sentido de que a execução provisória de sentença condenatória é uma realidade no direito pátrio, como vemos no julgado que transcrevemos, *ipsi verbis*: “o condenado que se encontra preso aguardando julgamento de seu recurso submete-se à execução provisória da pena, a qual deverá ajustar-se à natureza, espécie, duração, intensidade e forma inicial estabelecidas na sentença recorrida” (RT 617/406).

Não se pode fechar os olhos para a realidade brasileira no que concerne à tramitação dos processos criminais. Nos tribunais de nosso País, os feitos criminais (e cíveis também) arrastam-se por anos a fio e, em consequência, as cadeias públicas e penitenciárias acabam superlotadas com grande parcela de “presos provisórios”, que aguardam ansiosamente a solução de seus recursos. Geralmente, as prisões ditas “provisórias” acabam durando anos e anos e, certamente, a execução penal acaba tornando-se provisória, por força da morosidade da tramitação processual nos Tribunais. Ora, se o parágrafo único do artigo 2.^o da Lei de Execução Penal diz que ela também se aplica ao preso provisório, não há razão lógica para não se admitir a execução provisória. A provisoriedade da prisão reclama e obriga a provisoriedade da execução penal. O “preso provisório” tem direitos que devem ser preservados. Não seria justo nem legal o preso provisório esperar dois ou três anos encarcerado, sem usufruir dos direitos que a Lei de Execução Penal abriga em seu favor, como a progressão de regime, trabalho, entre outros, só porque a prisão, apesar de ser longa data, ainda não é definitiva.

Fazendo uma pequena digressão, diga-se, *en passant*, que, apesar de a Constituição Federal ser taxativa quanto à questão da **presunção da inocência** (art. 5.º, LVII, CF/88) ou quanto ao **princípio da não-culpabilidade**, originária do direito italiano, como quer o mestre Marcelo Fortes Barbosa (Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 84.), não fere a Constituição Federal a prisão processual que se prolonga após a condenação sem trânsito em julgado. Um indivíduo preso em flagrante, que assim permanece por todo o decorrer do processo até à sentença condenatória, não tem abrigo na norma constitucional que prevê a presunção da não-culpabilidade, para ser liberto e apelar em liberdade. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito da questão, sumulando a decisão no verbete n.º 9, que assim dispõe: **“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”** O mestre Mirabete também nos dá lição esclarecedora nesse sentido, quando observa, *in verbis*: **“... Entretanto, a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. As regras constitucionais citadas apenas impedem que seu nome seja inscrito no ‘rol dos culpados’, que se inicie a execução da pena ou que se produzam outros efeitos da condenação. A Carta Magna não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar. Desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, delegando ao legislador ordinário a previsão de seus pressupostos. É na lei processual que se verificam quais as hipóteses de liberdade provisória podem ser admitidas, nada impedindo que se obrigue o condenado, na ausência de requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento do apelo, como uma das hipóteses de prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e à prisão preventiva.”** - grifamos (op. cit. p. 754).

É óbvio que a **prisão em flagrante que se prolonga até sentença condenatória de primeira instância é prisão provisória**, porque ainda não definitivamente imposta, por falta de trânsito em julgado. Na verdade, com a sentença, ela deixa de ser prisão sem pena, para ser prisão com pena definida, ainda que sob condição de tornar-se definitiva, após o trânsito em julgado, ou se confirmada pela superior instância. No caso dos crimes hediondos, *verbi gratia*, insuscetíveis de liberdade provisória, conforme a lei, não teria sentido a invocação do **princípio da inocência** (que preferimos chamar de **princípio da não-culpabilidade**, aderindo à tese do mestre Marcelo Fortes Barbosa) para que o réu, preso em flagrante e permanecendo encarcerado por todo o decorrer do processo, até a prolatação da sentença condenatória, pudesse ser liberto para formular o apelo ao Tribunal. Mais uma vez, buscamos as lições do eminente mestre Mirabete para aclarar o entendimento: **“Não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou de pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em**

julgado da sentença condenatória. Aliás, o Art. 594 prevê o recolhimento do réu à prisão, o que, evidentemente, se refere àquele que está solto. Além disso, seria um paradoxo possibilitar sua soltura após a sobrevinda da sentença condenatória.” (op. cit. p. 758).

Feita essa pequena digressão, voltemos ao tema proposto. A execução provisória, em que pesem as vozes contrárias, existe e deve existir para que se garanta o mínimo dos direitos daqueles que se encontram encarcerados. A formalização dessa “execução provisória” é que não foi bem definida na doutrina e na jurisprudência de nossa Pátria. Concordamos com a posição do mestre Paulo Lúcio Nogueira, que entende que se devam formar autos de execução provisória de sentença condenatória. Ora, se a progressão de regime é direito dos presos condenados definitivamente e a Lei de Execução Penal diz que suas regras são aplicáveis aos presos provisórios (art. 2.º, parágrafo único da Lei 7.210/84), por que não se formalizar a “execução provisória” para conceder ou não esse direito ao preso provisório? As regras da execução definitiva já estão bem claras na Lei, mas essa mesma lei pode ser aplicada ao presos provisórios e, assim, não há razão para a objeção quanto à formação de autos de execução provisória. O mestre Paulo Lúcio Nogueira assim pensa, como podemos sentir na lições abaixo transcritas, *verbis*: **“Contudo o que nos parece perfeitamente admissível e até mesmo necessário, havendo vagas nos estabelecimentos de regime semi-aberto, sendo o réu condenado a iniciar a pena nesse regime e tendo somente ele apelado, já que não poderá haver reforma da sentença para piorar sua situação, é que se expeça guia de recolhimento para execução provisória da sentença, como exceção à regra de que se aguarde o trânsito em julgado da decisão para expedir-se a guia de recolhimento para execução definitiva.”** (op. cit. p. 173).

Pelo que se expôs, não nos podemos afastar da idéia de que é possível a execução provisória da sentença imposta em primeira instância, sem trânsito em julgado para a defesa. Essa execução deve obedecer aos ditames da Lei n.º 7.210/84, já que esta é aplicável aos presos provisórios, por força do que dispõe o seu artigo 2.º, parágrafo único. Sendo assim, o preso provisório pode ter aceito seu pedido de progressão de regime, caso preencha os requisitos necessários.