

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA *

Proferida uma sentença condenatória não estará ela desde logo em termos de ser executada, uma vez que poderá ser modificada em virtude de recursos que couberem.

Nestas condições, em princípio só se poderá cogitar da execução da pena quando a sentença se tornar irrecorrível.

Já se poderá falar, então, na existência de um *título executivo*, um dos pressupostos de qualquer execução forçada, e também da execução penal, ou seja, neste caso, de uma decisão judicial válida, passada em julgado.

Não há lugar, no crime, para uma execução na pendência de recursos, dita execução provisória, como pode ocorrer no cível, não só porque a lei dela não cuida, mas também porque se trataria de medida inadequada.

Execução provisória, com efeito, não se coaduna com o direito criminal. Vou dar um exemplo extremo, porque exemplo desse tipo esclarece melhor. Imagine-se, pois, a execução provisória de uma pena de morte. Levada a efeito, não teria essa provisória execução ficado irremediavelmente definitiva?

Mas nem é necessário um exemplo tão drástico, por isso que seria também desastroso executar provisoriamente uma pena privativa da liberdade. Ninguém, pedido de desculpas algum, indenização alguma tiraria das costas do cidadão injustamente preso a cadeia que levou.

Executar uma pena privativa da liberdade que ainda não está definitivamente imposta dada a possibilidade de ser a sentença reformada por força do recurso cabível é, assim, o que de mais incivilizado pode haver. Muitas vezes disso resultaria uma injustiça irreparável. Mesmo no cível, área em que não está em jogo a liberdade individual, a execução provisória, ali admitida, não chega a extremos.

* Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e subprocurador-geral da República, aposentado. Professor titular das Faculdades Milton Campos. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Razão assistiu ao Min. Marco Aurélio ao proclamar, votando vencido em julgamento de *habeas corpus*, a impossibilidade de se ter a execução do título judicial antes do trânsito em julgado. Na hipótese, asseverou, “a expedição do mandado de prisão afigura-se como execução, com foro definitivo, do título judicial, se este ainda não transitou em julgado. É tal passo demasiadamente largo e até hoje não foi dado sequer no campo patrimonial. Todos sabemos que, pendente recurso sem efeito suspensivo, a execução é provisória e chega apenas à garantia do Juízo”.

Até mesmo nas execuções fiscais, em que a Fazenda goza de privilégios, não permitiu a lei que se entregasse o ouro ao fisco antes de transitar em julgado a decisão que tiver rejeitado os embargos do executado, como expusemos em nosso *Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*.

Surgiu, entretanto, algum tempo atrás, um entendimento imaginado na doutrina e acolhido por muitos julgados, no sentido do cabimento em nosso direito processual penal da execução provisória da sentença de condenação em pena privativa da liberdade (cruz-credo!), vale dizer, de sentença, ainda sujeita a recurso.

E o Conselho Nacional de Justiça veio, não faz muito, não só a adotar a ideia, mas também a instituir um procedimento para sua aplicação.

Assim é que aprovou, em sessão plenária do dia 29 de agosto de 2006, a Resolução n. 19, dispondo sobre a execução penal provisória. E ainda por cima a Resolução estabeleceu que cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições dela, no prazo de 180 dias.

O texto estabelece que a guia de recolhimento provisório será expedida “quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal”.

A Resolução determina, ainda, que “deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão “provisória” (em letras capitais), em seqüência da expressão guia de recolhimento”. Esta guia deve também ser certificada nos autos do processo criminal.

Não se trata, como se vê, de regulamentação da *prisão provisória*, simples *carcer ad custodiam*, medida cautelar semelhante a outras bem conhecidas, como a prisão a prisão preventiva. Nem da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, que era aplicada obrigatória e automaticamente, sem motivação em cada caso, mas apenas por força da sentença condenatória, como efeito legal desta, hoje abolido por incompatibilidade com a Constituição, que consagra o princípio da inocência de quem não foi condenado por decisão transitada em julgado.

Trata-se de regulamentação da inexistente figura da *execução provisória da pena*. Inexistente porque nossa legislação não contempla a execução da pena, o *carcer ad poenam*, senão depois de sentença condenatória – transitada em julgado.

Engraçado é o que ficou dito no art. 2º da Resolução: “Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juiz competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia de recolhimento”. Ora, já que não mais será possível aliviar o cidadão da prisão já sofrida, que por isso mesmo não tem jeito de ser cancelada, não se poderia cogitar de uma indenizaçãozinha para a vítima da punição judicial que veio a ser reconhecida contrária à lei? Ou de uma punição para o juiz, assessor ou estagiário que operou a condenação injusta ou ilegal?

2. Dessa execução antecipada não cuida a Lei de Execução Penal (LEP), como também não cuidava o Código de Processo Penal.

Já se afirmou na doutrina, porém, equivocadamente, que “antes da LEP, o art. 669, I, do CPP¹, cuidava de uma provisória execução da pena”, sendo que, com o advento daquele diploma legal tornou-se imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena, como li em prefácio de excelente autor a também excelente obra sobre o direito de apelar em liberdade.

Apontando a posição de um dos corifeus da tese da execução provisória, assim escreveu MARCELLUS POLASTRI LIMA:

“Interessante notar a posição do professor Afrânio Silva Jardim sobre a natureza jurídica de tal prisão, que não seria cautelar, sob o fundamento de nada mais ser

‘[...] do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos arts. 393, inc. I, e 669 do Código de Processo Penal [...] Como se sabe, tendo em vista a nova redação dada no art. 594 do Código de Processo Penal, tal execução provisória da pena (não prisão provisória) somente será iniciada se o sentenciado for reincidente ou mesmo tiver maus antecedentes”².

E em outro estudo assim se manifesta o autor:

“A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, para nós também não apresenta natureza cautelar. A rigor, esta prisão nada mais é do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos arts. 396, inc. I, e 669, do Código de Processo Penal. Este último, que apenas consagra um dispositivo específico, o que se depreende do sistema, tem a seguinte redação ‘Só depois de

1. Eis o texto do mencionado dispositivo do Código de Processo Penal:

“Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:

I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime de afiançável, enquanto não for prestada a fiança.”

2. Afrânio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*. 5. ed, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 375.

passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: Inc. I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão”³.

Perfeita é a objeção de JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, desbancando o entendimento de que o art. 669 do CPP, hoje revogado pela LEP, autorizava tal raciocínio:

“De fato, era no capítulo referente à execução que se achava no Código o dispositivo legal em questão, que já até perdeu valor com o advento da Lei de Execução Penal, que não o repete. Mas o certo é que a mencionada Lei de Execução não acabou com execução provisória nenhuma, pela simples razão de que não podia ter acabado com o que nunca existiu [...] Li e reli o art. 669 do CPP e não vislumbrei nele, talvez por falta de uma menção expressa e clara, a contemplação da execução provisória da pena, imaginada por excelentes juristas, que procuram nele um suposto amparo para seu entendimento. O que estou vendo aí é a reafirmação da regra geral da execução definitiva da sentença, permitindo-se, porém, atuem desde logo alguns efeitos para tanto conferidos à decisão. Dentre eles, o da prisão, já exigida, aliás, pelo art. 393, I. Só que essa prisão não se pode confundir com a privação da liberdade como pena, o *carcer ad poenam*, não só porque a lei não diz isso, mas, também, porque a execução da pena pressupõe a expedição de carta de guia (ou guia de recolhimento, como hoje fala a Lei de Execução Penal), e isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674...”^{4 e 5}.

LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO faz coro ao entendimento de AFRÂNIO SILVA JARDIM, afirmando ser ‘ela uma prisão nitidamente antecipatória da pena, ou a sua execução provisória, não tendo mesmo os pressupostos da prisão cautelar’⁶.

Em que pese a autoridade dos eminentes professores e a inovadora tese, estamos com JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, e pensamos que aqui se trata de cautelar, não podendo se trazer a execução provisória do processo civil para o processo penal, dada a incompatibilidade”.

3. Afrânio Silva Jardim, Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal, In: *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, PGJ-RJ, nº 22, 1985, p. 26.

4. “Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena”.

Do mesmo modo agora dispõe a LEP, no art. 105:

“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

5. José Barcelos de Souza. Prisão por efeito de acórdão condenatória recorrível. In: *Revista da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 18, 2003, p. 26.

6. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho. *Processo Penal e (em face da) Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 181.

E mais: da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado (art. 106, III).

Depois, seria uma esquisitice, em caso de cumprimento de pena, admitir fiança, como fazia o art. 669 I, o que bem mostra que não excogitava uma inconcebível execução provisória de pena. O citado art. 669, I, efetivamente, apenas reafirmava o que já dispunha o art. 393.

Quer dizer, o Código de Processo Penal não reconhecia, e agora a Lei de Execução Penal igualmente não aceita, a execução provisória de pena privativa da liberdade.

Então, de onde tiraram essa coisa de execução provisória?

3. A nosso ver, o que teria levado a essa concepção da execução penal foi, sem dúvida, da parte da doutrina – no que diz respeito ao Conselho Nacional de Justiça diremos depois –, uma opção para evitar a aceitação da natureza cautelar da prisão que a lei determina como efeito da sentença condenatória recorrível. Demais disso, comentava-se, admitir-se a prisão por efeito de sentença ou acórdão recorrível como uma execução provisória da pena seria uma maneira de proporcionar ao condenado preso o início mais rápido do cumprimento da pena, para fins de obtenção de progressão penal, o que aparentemente seria bom para o preso. Bom, entretanto – pondere-se –, poderá ser se o condenado vier, contra seu desejo e sua expectativa, a perder o recurso, mas péssimo se ganhar, porque então terá cumprido uma pena que não ele devia.

Entretanto, e como já se verá, a inteligência correta de textos constitucionais e da legislação ordinária leva à conclusão de que não cabe uma prisão automática por força de sentença ou acórdão recorrível, prisão essa exatamente a que seria cumprida a título de execução provisória da pena. O que será admissível, por outro lado, em lugar disso, é uma prisão de cunho preventivo, que, aliás, poderá comportar, também, aquela apregoada vantagem.

4. A matéria é correlata com a referente ao direito de apelar em liberdade, sobre a qual muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência.

Lembre-se, de início, com a melhor doutrina, que a exigência do recolhimento ao cárcere para apelar, do art. 594 do CPP, encontra óbice no princípio constitucional da amplitude da defesa.

Foi o que sustentaram ilustrados autores e juizes, dentre eles, em primeira mão, em antiga decisão, de março de 1962, concessiva de *habeas corpus* de ofício (decisão que – vejam só! – veio a ser reformada pelo então Tribunal de Justiça da Guanabara!), o insigne juiz Eliézer Rosa, então julgando na 8ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

Ponderava o eminente jurista: “A lei ordinária, no caso, o art. 594 do Código de Processo Penal, com estabelecer uma condição legal para o exercício do

direito de recorrer, que é o mesmo direito de agir, e sendo esta condição o recolher-se preso, está restringindo, praticamente anulando, o exercício do direito constitucional incondicionado de acionar, isto é, de recorrer aos tribunais". E concluiu, após outras excelentes considerações, que a "Constituição Federal, vindo depois do Código de Processo Penal, retirou base legal ao art. 594 daquele Código", e que "sua aplicação constitui lesão irreparável, em muitos casos, e, em todos, cerceamento de defesa (§ 25 do art. 141 da dita Constituição) e constrangimento ilegal".

Condicionar o direito de defender-se em apelação a entregar-se previamente à prisão seria, com efeito, exigir um terrível preço para o exercício do sagrado direito de defesa.

É precisamente por essa razão, não em virtude do princípio da presunção da inocência, no qual por algum tempo se procurou fundamento para afastar a incidência do art. 594, que não mais prevalece o ônus de recolher-se o réu à prisão *para apelar*.

A presunção da inocência impediria, com efeito, um antecipado *carcer ad poenam*, mas não o *carcer ad custodiam*, que, aliás, a Constituição mesma admite.

Mas tanto se invocou equivocadamente aquele princípio constitucional, que o STJ expediu a *Súmula* n. 9, segundo a qual "*A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência*".

É verdade. Mas ofende, sim, a garantia constitucional da amplitude da defesa. É um preço muito caro que se tem pago para ter o direito de provar a inocência.

Daí por que não mais tem importância, hoje, depois da Carta de 88, indagar em que hipóteses o art. 594 impõe ou não o ônus do recolhimento à prisão *ad recursum*. É que em nenhum caso, em nenhum caso mesmo – tenha o réu bons ou maus antecedentes, seja primário ou não, crime afiançável ou inafiançável, não importa – prevalecerá a exigência daquele dispositivo do Código de Processo Penal. Isso pela simples razão de se achar ele varrido de nossa legislação, tacitamente ab-rogado que ficou por incompatibilidade com a nova Constituição.

5. Se já não se pode mais exigir do réu condenado que se recolha à prisão para apelar, poderia o juiz ou tribunal determinar a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória, como efeito dela, por força do que dispõe o art. 393, I, do CPP, isto é, sem justificar sua necessidade?

É bem de ver, inicialmente, que o fato de o art. 594 se ter tornado ineficaz trouxe a consequência do enfraquecimento da regra da prisão como efeito da

7. *Apud* comentário na *Revista de Direito Penal*, n. 1, janeiro-março de 1971, com certeza da lavra de seu diretor, o inclito professor Heleno Cláudio Fragoso.

sentença condenatória recorrível, instituída no art. 393, I, a que o citado art. 594 visava fortalecer.

Tanto assim que seria um despropósito, posto já recomendado na doutrina, mandar o juiz, só para atender ao art. 393, I, expedir mandado de prisão contra réu de maus antecedentes condenado por crime inafiançável, devendo, porém, admitir sua apelação independentemente do recolhimento à prisão, agora para atender também ao princípio da amplitude da defesa! Nem é usual semelhante procedimento. Os juizes, de modo geral, não o adotaram. Como já escrevi alhures, poder o réu primário e de bons antecedentes apelar solto nos termos do art. 594, mas ficar sujeito, por outro lado, a ser preso por determinação do juiz com base no art. 393, I, equivaleria ao absurdo de ser ele forçado ou seduzido a se foragir, o que nenhum benefício traria para a justiça.

Andavam tão juntos e entrelaçados aqueles dois dispositivos legais que, acredito, o art. 594 levou tanto tempo a perder substância, a despeito da ancianidade do princípio da amplitude da defesa, porque atrelado ao art. 393, que o segurava, fazendo dele um auxiliar a facilitar sua própria atuação.

E, de fato, o que aqui mais releva considerar é que a regra do art. 393 esbarra, hoje, também ela, em dispositivo constitucional, agora, sim, aquele que trata da presunção da inocência, ou, como também se costuma dizer, da presunção da não-culpabilidade.

Pois não se harmoniza com o princípio de ser o réu considerado inocente enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, prendê-lo só porque foi dada a sentença, sem necessidade de cogitar-se da conveniência, em cada caso, de uma prisão cautelar. A colocação em custódia de réu solto que vem a ser condenado, pelo só efeito automático de sentença recorrível, não pode, de modo algum, configurar uma autêntica medida cautelar, ao contrário do que se tem admitido, visto que não fundamentada a necessidade da cautela. Tinha a característica de cautelar por caber antes de sentença transitada em julgado. Uma cautelar desfigurada, pois.

Nem seria de entender-se que a cautelar estaria justificada com uma presunção legal do *periculum in mora*. Se assim fosse, já não mais prevaleceria em nossa legislação, uma vez que agora de modo geral já não basta, para a prisão, a existência de ordem escrita de autoridade judiciária competente, sendo necessário, também, que a ordem escrita seja *fundamentada*, por força do que dispõe o inc. LXI do art. 5º da Constituição.

Para sua legitimidade seria necessário a justificação de sua necessidade.

Se, como visto, a regra da presunção da inocência não é de molde a afastar a adoção de uma prisão provisória, ela serve, por outro lado, como uma recomendação de que sua aplicação deverá limitar-se a casos de justificada necessidade, pelo que não poderia atuar automaticamente.

Aí está, pois, mais uma razão a afastar a aceitação de uma presunção legal da necessidade da prisão, bem como de sua imposição por simples força de sentença condenatória recorrível.

6. Qual, então, a verdadeira natureza daquela prisão?

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como a consagrou o Código, impondo-a compulsória e automaticamente, como efeito da sentença, sem de modo algum qualificá-la como cautelar, importava uma presunção de culpa do condenado a justificar uma prisão processual até que não fosse a decisão modificada. Tanto assim que mandou fosse o nome do réu logo lançado no livro rol dos culpados, também pelo só efeito da sentença. A Constituição atual seguiu o caminho contrário, com a regra da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, enquanto não transitada em julgado a sentença. E com toda razão. O número de decisões condenatórias juridicamente inexistentes, nulas, erradas ou injustas é muito mais elevado do que seria razoável supor.

Era uma prisão tendo em vista apenas a realidade de uma sentença condenatória e que tinha, por isso mesmo, um fim em si mesmo. É, aliás, muito de nossa cultura que a prisão seja logo imposta. No fundo, um desejo legítimo de justiça, e de justiça rápida.

Algumas das primitivas disposições do Código corroboram a assertiva. Assim, a prisão em flagrante. Só anos depois veio a lei a permitir a liberdade provisória quando ausentes os motivos que justificariam a decretação da prisão preventiva. Já a prisão preventiva, posto não devesse ser decretada se houvesse prova de causa de exclusão do crime, se provado estivesse o fato e ocorressem indícios suficientes da autoria era de ser compulsoriamente imposta em figuras delituosas mais graves, até quando veio a ser modificada a lei.

7. E quando a condenação acontecer em Tribunal de segundo grau?

A lei não se referiu aos efeitos de acórdão condenatório em processo de competência originária. Sem dúvida seria de aplicar-se, por identidade de razão jurídica, a regra do art. 393, I, se ela não estivesse derogada por força de preceito constitucional superveniente; mesmo porque, acórdão também é sentença. Descaberá, então, a prisão, enquanto não transitar em julgado o acórdão, visto que ela não é mais uma automática consequência da condenação, a não ser que o tribunal a imponha, fundamentadamente, como medida cautelar.

Do mesmo modo, se o réu foi absolvido no primeiro grau jurisdicional, está solto e o tribunal condena, poderá ao fazê-lo impor a prisão, mas como medida cautelar devidamente fundamentada, se for caso dela.

A antiga regra do art. 675, segundo a qual o presidente da câmara ou do Tribunal fará, logo após a sessão de julgamento, remeter ao chefe de Polícia o mandado de prisão do condenado, igualmente ao que ocorre com o art. 393, I, ficou derogada pela disposição constitucional da não-culpabilidade.

Voltemos à Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

8. Já a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça certamente visou a resguardar o Judiciário de críticas referentes à morosidade da Justiça e à impunidade, ultimamente feitas com muita freqüência não só por pessoas do povo, mas também por setores da imprensa, de maneira por vezes até desrespeitosa ou mesmo ofensiva, mas, sobretudo, injusta, principalmente quando se reclamava contra o fato da não colocação imediata na prisão de réu que vinha a ser condenado por tribunal de segundo grau ou ter a condenação aí confirmada.

Então o que temos é o que a doutrina chama de *direito penal de emergência ou de direito processual penal de emergência*, que quase sempre se tem mostrado inconveniente ou danoso. O caráter emergencial da regulamentação é refletido também na circunstância de a Resolução estabelecer que cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições dela, no prazo de 180 dias.

Certamente com apoio nos ombros largos da jurisprudência então predominante do Supremo Tribunal e em doutrina também existente, mas desprezando a melhor doutrina já à disposição, agiu o Conselho como se fosse legislador, usurpando a competência legislativa do Congresso Nacional, e, pois, ferindo a Constituição, ao mesmo tempo em que, e de novo afrontando a Carta, contrariava o princípio da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade.

A Resolução esbarra também na Lei de Execução Penal, art. 105, segundo o qual é depois do trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade que se expedirá a guia de recolhimento à prisão. E mais: de acordo com o art. 106, III da mesma lei, da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado, o que obviamente será impossível praticar se a sentença não tiver passado em julgado. Entretanto, de mandar fazer constar isso na guia não cuidou a Resolução, certamente pela simples razão de que estava mandando expedir a guia sem que haja sentença condenatória passada em julgado.

9. Vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal que o "*direito de recorrer em liberdade refere-se apenas à apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não têm efeito suspensivo*".

Também a Resolução em questão esclarece que ela se aplica aos processos em que o recurso não tiver efeito suspensivo.

Efeito suspensivo? Que efeito suspensivo?

O que importa saber, no caso, não é se o recurso terá ou não esse ou aquele efeito, *mas se acórdão pode produzir um determinado efeito*, ou seja, o efeito de impedir a liberdade. Porque, se não puder produzir semelhante efeito, não terá importância o efeito de que o recurso for ou não capaz.

10. Por outro lado, e como escrevemos no artigo *Prisão por efeito de acórdão condenatório recorrível*⁸, é “aceitável, entretanto, diante da regra, que foi abraçada pelo Código, da prisão automática, que assim não pode subsistir, que ela sobreviva como permissão para que o juiz, naqueles casos em que a prisão caberia como efeito da sentença, também na oportunidade dela, fundamentadamente decrete, se for caso, isto é, se houver real necessidade da cautela, uma prisão preventiva”. “Prisão preventiva, obviamente, no sentido amplo de prisão provisória, embasada nos requisitos cautelares e não ‘na necessidade de prisão para apelar’”, como bem esclareceu, ao citar o texto, MARCELLUS POLASTRI LIMA⁹, ou seja, uma prisão preventiva *lato sensu*, uma prisão de cunho preventivo, ou cautelar.

Desse modo, ao mesmo tempo em que não se tolhe a prisão de quem realmente deva, por justificada cautela, ser levado ao cárcere, evita-se misturar o joio com o trigo, impede-se levar logo para a prisão o cidadão de bem que ainda se defende e que pode estar sendo vítima de sentença injusta. E de fato, repita-se, o número de decisões condenatórias juridicamente inexistentes, nulas, erradas ou injustas é muito mais elevado do que seria razoável supor, principalmente nos tempos atuais.

Mas é preciso que a imposição da custódia seja realmente bem fundamentada.

Não é de hoje que o grande CARRARA já falava na “*immoralità del carcere preventivo*”.

11. Certamente teve o Conselho também a boa intenção de proporcionar ao condenado adiantar a contagem de tempo para a progressão do regime de prisão. Entretanto, seria perverso cobrar adiantamento do tempo de uma prisão que pode vir a não ter existência legal, se provido o recurso da parte. E para o réu não seria bom prendê-lo só para antecipar o cumprimento de uma pena que poderá vir a ser cancelada.

Depois, e sem necessidade do artifício de uma ilegal execução provisória, infligida indiscriminadamente a bandidos e a pessoas sem antecedentes criminais, poder-se-ia adotar a opção, acima referida, da decretação de uma prisão cautelar, por isso que esta já seria de ser computada no cumprimento da pena, de acordo com o instituto da detração penal, que tem como caso típico, previsto no art. 42 do Código Penal, “o tempo de prisão provisória”, expressão que, na conceituação de WARLEY BELO, em excelente estudo sobre a matéria, “refere-se a qualquer tipo de severa restrição à liberdade pessoal”¹⁰.

12. Há ainda uma outra espécie de prisão processual, à qual não se têm referido a doutrina e as obras didáticas, nem também a jurisprudência, certa-

8. José Barcelos de Souza, *Revista da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 18, 2003, pp. 275-276.

9. Marcellus Polastri Lima, *A Tutela Cautelar no Processo Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 289-290.

10. Warley Belo, *Detração Penal*. In *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 10, 2004, Belo Horizonte, pp.321- 346.

mente por se tratar de prisão que deve ser de curtíssimo prazo. Realizável após o trânsito em julgado da sentença, trata-se de prisão para o fim de cumprimento da pena. É a *prisão preparatória para a execução da pena*, como a tenho denominado. Muitas vezes, porém, na prática o tempo dessa prisão preparatória se prolonga por falta de vaga no estabelecimento em que seria de ser cumprida a pena.

Já dispunha, com efeito, o art. 675 do Código de Processo Penal no sentido de que, se tiver havido recurso, no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, *logo que transite em julgado a sentença condenatória*, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão.

Pois bem, também esse tempo da *prisão preparatória*, e não só o da cautelar a que nos referimos acima, é de ser computado no tempo da pena a ser cumprida. O instituto da detração - uma regra de equidade - não é só para os conhecidos casos mencionados no art. 42 do Código Penal, dentre eles o da prisão provisória, mas também para o de condenado por sentença transitada em julgado que estiver ou for preso para cumprimento da pena enquanto não removido para o estabelecimento prisional.

Aplica-se, ao caso, o disposto no art. 680 do Código de Processo Penal, não revogado expressamente pela Lei de Execução Penal, que, por outro lado, não lhe é contrária, nem disciplina inteiramente o instituto da detração, sobre o qual os preceitos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, como ressaltou WARLEY BELO no trabalho citado, "por demais econômicos, podem ser adjetivados de lacunosos".

Eis o texto do citado art. 680, que expressa um caso de detração penal:

"Computar-se-á no tempo da pena o período em que o condenado, por sentença irrecorrível, permanecer preso em estabelecimento diverso do destinado ao cumprimento dela".

13. O direito emergencial costuma trazer consequências tremendas. Geralmente leis inconstitucionais no todo ou em parte, inclusive pela precipitação com que são elaboradas (a lei de crimes hediondos é, dentre outros, um exemplo recente). O instituto da prisão temporária foi outra iniciativa desastrosa. Faz mais mal que bem. Agora vem a questão da execução provisória, a cujas disposições cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço no prazo de 180 dias, como determinado na própria Resolução. Não é preciso ser adivinho para acreditar no grande número de *habeas corpus* que se impetrarão.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como lhe cumpria, atendendo ao que foi disposto na Resolução do Conselho, já fez o dever de casa. Baixou a Resolução TJ/OE Nº 10, de 21/05/2007, que disciplina a matéria no Estado.

O pior é que os Tribunais dos outros Estados deverão fazer o mesmo. E certamente teremos algo parecido com as esdrúxulas súmulas vinculantes.

14. Há, contudo, uma luz no fim do túnel. Ainda recentemente, em julgamento no dia 13/02/07, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* n. 90.754-12 Bahia, coator o Superior Tribunal de Justiça e relator o Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 27-04-07, o colendo Tribunal *deferiu a ordem*, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que mantinha a jurisprudência, *para invalidar a determinação de prisão* expedida contra a paciente em autos de apelação criminal pelo Tribunal local, que fundamentara a decretação da custódia cautelar à consideração de que contra a decisão condenatória, em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-só, a princípio, *recursos de natureza extraordinária – recursos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo, afigurando-se, assim, ao Tribunal coator, legítima a execução provisória do julgado*, consistente na constrição do condenado, ainda que não transitada em julgado a respectiva ação penal.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça *denegou a ordem que lhe fora impetrada*, forte em *precedentes* dele próprio e da Suprema Corte. Entre os fundamentos da decisão, o de que a regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição do mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação *aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo*, hipótese não verificada no caso, havendo, a esse respeito, *precedente da Suprema Corte*.

Como se vê, o notável acórdão constitui ou robustece *uma importante mudança* na jurisprudência de nossa mais alta Corte. O preclaro relator, *que já vinha proferindo excelentes votos sobre a matéria*, abordou com segurança seus diversos aspectos. Assim é que *reconhece a subsistência*, mesmo em face de condenação penal recorrível, *da presunção constitucional de não-culpabilidade*, reconhecendo também o direito de recorrer em liberdade. Desacolheu o acórdão que ordenou a prisão da condenada por reputar legítima *“a execução provisória do julgado”* e, também, pelo fato do entendimento de que os recursos excepcionais deduzidos pela sentenciada (RE e RESP) não possuem *efeito suspensivo*. Por fim, apontou a possibilidade da decretabilidade da prisão cautelar, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP, salientando, neste particular, *com o apoio da doutrina encontrada nas obras dos conceituados autores que cita – entre elas a de MARCELLUS POLASTRI LIMA mencionada neste estudo –, a necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária*.

“Em suma: a prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal”, lê-se no excelente voto.

15. Agora, diante da esclarecedora decisão do Supremo Tribunal Federal, só nos resta reiterar, com respaldo nela, a observação que fizemos em artigo escrito, logo após a publicação da Resolução n. 19 em questão, para o jornal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, publicado com o título "CNJ avança sinal e atropela a lei"¹¹.

Ficaria muito bom instruísse o Eg. Conselho no sentido da não-determinação de uma prisão por motivo simplesmente de advento de sentença condenatória ou acórdão ainda sujeitos a recurso, senão, excepcionalmente, e com fundadas razões, no sentido da decretação de uma prisão cautelar, ajustando-se assim a antiga regra do Código à Constituição.

Na portaria nº 10, de 1999, foram publicados alguns atos regulamentares do Conselho de Defesa Nacional e também algumas normas sobre o uso do termo "Estado de Sítio". Em todo caso, é no primeiro aspecto que nos interessamos, pois, em uma nota à revista do tipo, desta revista e seu periódico para o Estado de Direito e Direito do de máxima edição, temos que "o termo 'Estado de Sítio' é uma expressão jurídica que surgiu no século XIX, com o advento da imprensa, e passou a ser utilizado para designar o estado de guerra, que é o mesmo conceito do termo fundador da teoria do tipo objetivo, já elaborado em 1805, portanto, cerca de um século antes de Espinosa, e logo após o tratado de Viena em 1815".

De acordo com o artigo "Der Begriff 'Sittes' von 'Vollziehen' aus kulturhistorischer und rechtlicher Sicht", publicado em 1997, de autoria de Jörg Heppner, em: *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 112, 1997, p. 101. A expressão "Vollziehen" é uma expressão jurídica que surgiu no século XIX, com o advento da imprensa, e passou a ser utilizado para designar o estado de guerra, que é o mesmo conceito do termo fundador da teoria do tipo objetivo, já elaborado em 1805, portanto, cerca de um século antes de Espinosa, e logo após o tratado de Viena em 1815".

1. O termo "Estado de Sítio" é uma expressão jurídica que surgiu no século XIX, com o advento da imprensa, e passou a ser utilizado para designar o estado de guerra, que é o mesmo conceito do termo fundador da teoria do tipo objetivo, já elaborado em 1805, portanto, cerca de um século antes de Espinosa, e logo após o tratado de Viena em 1815".

2. O termo "Estado de Sítio" é uma expressão jurídica que surgiu no século XIX, com o advento da imprensa, e passou a ser utilizado para designar o estado de guerra, que é o mesmo conceito do termo fundador da teoria do tipo objetivo, já elaborado em 1805, portanto, cerca de um século antes de Espinosa, e logo após o tratado de Viena em 1815".

3. O termo "Estado de Sítio" é uma expressão jurídica que surgiu no século XIX, com o advento da imprensa, e passou a ser utilizado para designar o estado de guerra, que é o mesmo conceito do termo fundador da teoria do tipo objetivo, já elaborado em 1805, portanto, cerca de um século antes de Espinosa, e logo após o tratado de Viena em 1815".

11. Jornal *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, nº 90, setembro/outubro de 2006, p. 6.