

**FACULDADE DE DIREITO – UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL – ICPC**

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

**CURITIBA
2008**

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Presidente: _____

Membro (1): _____

Membro (2): _____

Curitiba, de de 2008.

“Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”. (art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A TUTELA JURISDICIONAL PENAL	8
2.1 GENERALIDADES	8
2.2 ESPÉCIES	9
2.2.1 Cognitiva	9
2.2.2 Executiva	9
2.2.3 Cautelar	11
3 ESPÉCIES DE PENA	13
3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	14
3.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	15
3.3 PENA DE MULTA	17
4 AS MODALIDADES DE PRISÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO PENAL	19
4.1 PRISÃO EM-FLAGRANTE	19
4.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	20
4.3 PRISÃO PREVENTIVA	20
4.4 PRISÃO DECORRENTE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA	22
4.5 PRISÃO DECORRENTE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	24
4.5.1 Transitada em julgado	24
4.5.2 Sujeita a recurso	25
4.6 PRISÃO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO	27
5 ENFOQUE DOUTRINÁRIO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO DECORRENTE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL E A (IN)VIABILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	32
6 ENFOQUE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	40
6.1 QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS	40
6.1.1 Posição do Supremo Tribunal Federal	40
6.1.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça	41
6.2 QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	42
6.2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal	44
6.2.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça	55
7 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

RESUMO

Analisa a questão da execução provisória de sentença penal condenatória recorrível à luz do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Inicia com breve abordagem sobre a tutela jurisdicional penal e as espécies de reprimendas previstas no ordenamento positivo penal, examinando, de forma concisa, as modalidades de prisão nele contempladas. Expõe o posicionamento doutrinário relativo à natureza jurídica da prisão decorrente da sentença condenatória não transitada em julgado e a (in)viabilidade de sua execução provisória. Registra recentes alterações de dispositivos do Código de Processo Penal pertinentes ao tema, a evidenciar a busca de reforço às garantias do acusado. Enfoca, por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de execução antecipada das penas restritiva de direitos e privativa de liberdade.

Palavras-chave: execução provisória – sentença penal condenatória recorrível – princípio da presunção de inocência – pena restritiva de direitos – pena privativa de liberdade – natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória – Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a questão da execução provisória de sentença penal condenatória à luz do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, o qual preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CF).

O tema suscita controvérsias, especialmente no tocante à pena privativa de liberdade, pois, ao contrário daqueles que defendem, com supedâneo na lei infraconstitucional, não possuem os recursos especial e extraordinário efeito suspensivo, além de ser a prisão efeito da condenação, respeitada corrente doutrinária – acompanhada de substancial jurisprudência dos Tribunais Superiores – sustenta que enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão, tal medida excepcional é de caráter cautelar, ou seja, pode ser decretada apenas quando for concretamente demonstrada a incidência dos pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e ao menos um dos motivos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Assim, em termos de dogmática, não se admitiria a execução provisória na esfera penal.

Argumenta-se, em contrapartida, que o princípio da presunção de inocência fora estabelecido fundamentalmente para a salvaguarda do acusado, de modo que a absoluta impossibilidade de execução provisória pode ter efeito diametralmente oposto quando ocorrer, por exemplo, hipótese em que a duração do processo acaba por impingir ao réu um tempo de segregação cautelar – equivalente, na prática, ao cumprimento de pena em regime fechado –, superior ao que a sentença definitiva viesse a determinar; ou, sendo por igual tempo, em situação mais gravosa em termos de condições de execução. Daí ter o Supremo Tribunal Federal reservado ao assunto os enunciados das Súmulas 716 e 717, que, entretanto, não encerram o tema.

A intenção é, pois, apresentar um panorama da controvérsia e auxiliar os operadores do direito na obtenção de uma justa resposta penal para a questão debatida.

O estudo partirá de uma breve abordagem acerca da tutela jurisdicional penal e das espécies de reprimenda previstas no ordenamento positivo penal, bem

como do exame das modalidades de prisão nele contempladas. Enfoca-se, na sequência, o posicionamento doutrinário relativo à natureza jurídica da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível e a viabilidade da execução provisória. Registra-se, ainda, a edição das Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008 que modernizaram o processo penal buscando, dentre outros objetivos, reforçar as garantias do acusado. Por fim, dedica-se um capítulo à jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a possibilidade de execução provisória das penas restritiva de direitos e privativa de liberdade.

2 A TUTELA JURISDICIONAL PENAL

2.1 GENERALIDADES

O cidadão pode respeitar espontaneamente as regras de direito material. O Estado, aliás, enquanto gerenciador do interesse coletivo possui o intento de que isso ocorra.

Nesse particular, nada importa se a lei é de natureza civil ou penal. Tanto umas quanto outras existem para que sejam respeitadas independentemente da intervenção estatal.

Quando, no entanto, ocorre o descumprimento da lei material, com a conseqüente formação do conflito de interesses, é preciso distinguir se se trata de lei civil ou penal.

Com efeito, a resolução do conflito de interesses civil pode ou não exigir a intervenção do Estado. Para a composição de um litígio patrimonial, por exemplo, as partes diretamente interessadas podem valer-se da autocomposição, fenômeno possível de ocorrer longe das vistas do Poder Judiciário. Por outro lado, para a anulação de um casamento ou para uma adoção, é absolutamente indispensável a atuação do Estado-juiz. Nestes últimos casos, tem-se o que se pode chamar de jurisdição necessária¹.

No campo do direito penal, a aplicação da lei material depende sempre da intervenção do Estado. Observa Sidnei Agostinho Beneti que “a adequação do fato à normação típica só pode ser realizada pelo Estado, por intermédio da atividade jurisdicional, de modo que se firmou, com propriedade, o princípio *nulla poena sine iudicio*”². Mesmo nos casos previstos na Lei nº 9.099/95 – que contempla formas de autocomposição –, é fundamental a intervenção do juiz, sendo absolutamente inadmissível a tratativa extrajudicial do caso, feita diretamente entre o Ministério Público e o autor do fato ou entre este e a vítima.

Por aí se vê que, enquanto no direito civil a jurisdição pode ou não ser necessária, no direito penal ela jamais pode ser dispensada. Nem se diga que não

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31-32.

existe jurisdição na atividade judicial homologatória. A chancela do juiz, aposta à transação penal, implica a jurisdicionalização da avença, com todos os efeitos e conseqüências dos provimentos jurisdicionais em geral.

2.2 ESPÉCIES

2.2.1 Cognitiva

De acordo com a natureza do provimento judicial, existem três espécies de tutela jurisdicional: a de conhecimento, a de execução e a cautelar.

A tutela jurisdicional de conhecimento tem por escopo a aplicação da lei a determinado caso concreto. Ao proferir julgamento, o juiz exerce três atividades bem definidas: a) a reconstrução do fato descrito; b) a individualização da norma jurídica aplicável; c) a emissão do comando estatal a ser observado para o caso.

A reconstrução do fato é feita através da prova. Com base nos elementos de cognição coligidos, o juiz forma sua convicção a respeito do que ocorreu. Quando o julgador reputa insuficientes as provas, ou seja, quando ele não consegue reconstruir os fatos, outro caminho não há senão o da absolvição, com base no princípio *in dubio pro reo*.

Feita a reconstrução fática, o juiz busca, no ordenamento positivo, a regra a ser aplicada. Essa atividade consiste na verificação da tipicidade da conduta e na identificação da sanção a ser aplicada.

Finalmente, constatada a subsunção do fato à norma, o juiz emite o comando jurisdicional correspondente. Precisamente aí a sentença exterioriza-se como ato de vontade do Estado em ver aplicada a lei.

2.2.2 Executiva

A **tutela jurisdicional de execução** visa a fazer atuar o comando judicial condenatório. Tendo-se concluído, no processo de conhecimento, que houve a conformidade entre o fato e a norma penal, o Estado deverá zelar para que seu

² BENETI, Sidnei Agostinho. Execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5-6.

comando se cumpra, ou seja, sua preocupação passará a ser a de concretizar a sanção determinada. É o que se fará através da execução da sentença.

Na execução, serão tomadas as medidas necessárias para que a sentença condenatória produza, no mundo dos fatos, os efeitos que lhe são próprios. É por isso que se diz que, enquanto o processo de conhecimento transforma o fato em direito, a execução transforma o direito em fato. A característica da tutela jurisdicional executiva é, pois, a **satisfatividade**.

Não havendo a interposição de recurso dentro do prazo legal, ocorrerá o trânsito em julgado da sentença, fenômeno que permitirá a execução definitiva.

Realmente, uma vez tornado imutável o comando emitido pelo juiz, é inquestionável a possibilidade de haver a execução.

Se, porém, for admitido recurso, o trânsito em julgado sofrerá retardamento. Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “a melhor doutrina assentou o firme entendimento de que o recurso capaz de obstar à coisa julgada é o **recurso admissível**”, esclarecendo, adiante, que “se o juízo de admissibilidade é positivo, abre-se o caminho para o julgamento do mérito do recurso e o efeito obstativo da formação da coisa julgada se consolida. Mas se o juízo de admissibilidade é negativo, tranca-se a via recursal e ocorre o trânsito em julgado”.³

Somente após o esgotamento das vias recursais (seja pelo seu uso, seja pelo decurso dos prazos próprios) é que se formará a coisa julgada.

Essa afirmação poderia levar à conclusão de que a simples admissão do inconformismo retardaria a execução, mas é preciso lembrar que, em matéria de recursos, há o efeito devolutivo e o efeito suspensivo.

O **efeito devolutivo**, essencial a todos os recursos, é o que submete ao tribunal *ad quem* o reexame da matéria impugnada pelo recorrente. Ao mesmo tempo em que permite à instância superior a revisão do ato objurgado, o efeito devolutivo limita a atuação da Corte, visto que, de regra – pois há matérias que podem ser apreciadas de ofício pelo Tribunal, independentemente de devolução –, deve ser observado o princípio segundo o qual *tantum devolutum quantum appellatum*.

O **efeito suspensivo** do recurso, por sua vez, é aquele que impede a sentença de gerar resultados, de sorte que a concretização do comando de primeiro grau só poderá ocorrer após sua confirmação pelo órgão superior.

Esse segundo efeito pode ou não estar presente, significando que, à sua falta, a sentença produzirá conseqüências concretas. É o que se dá através da **execução provisória**.

Não há consenso, porém, acerca da existência da execução provisória no direito penal, conforme será explanado adiante.

2.2.3 Cautelar

As tutelas cognitiva e executiva seriam suficientes, não fosse a possibilidade de o tempo torná-las ineficazes.

Deveras, as atividades de conhecimento e de execução demandam tempo. A atuação jurisdicional é feita por meio do processo, que não é instantâneo.

Assim, é possível que, durante a realização e sucessão dos atos processuais, ocorram fatos capazes de inviabilizar a efetividade da jurisdição.

Desse modo, toda vez que o decurso do tempo puder comprometer a atuação concreta do comando jurisdicional, terá lugar a tutela jurisdicional cautelar, cujo objetivo não é o de aplicar a lei material ao caso concreto, nem tampouco o de concretizar o comando condenatório, mas o de assegurar a eficácia da própria atividade judicial, por meio de medidas preventivas ou conservativas.

É claro que, justamente por isso, a tutela cautelar não possui vocação de definitividade; seu destino é o de produzir efeitos até determinado momento. A tutela jurisdicional cautelar é caracterizada, pois, pela acessoriedade, pela preventividade, pela instrumentalidade e pela provisoriedade.

Acerca do tema, observa Afrânio Silva Jardim:

A tutela cautelar é acessória em razão de encontrar-se sempre vinculada a um processo principal; é preventiva porque se destina a prevenir a ocorrência de um dano enquanto o processo principal não chega ao fim; é instrumental por poder incidir sem que o seu beneficiário, ao final do

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Antonio Magalhães Filho; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado; e é provisória porque sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo.⁴

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 357.

3 ESPÉCIES DE PENA

A pena criminal é definida, segundo Juarez Cirino dos Santos, “como conseqüência jurídica do crime, e representa, pela natureza e intensidade, a medida da reprovação de sujeitos imputáveis, pela realização não justificada de um tipo de crime, em situação de consciência da antijuridicidade (real ou possível) e de exigibilidade de conduta diversa, que definem o conceito de fato punível”.⁵

Sobre as sanções penais, ensina o autor:

A **política penal** da legislação brasileira utiliza um instrumental repressivo constituído de três categorias de penas criminais (art. 32, I, II e III, CP), assim definidas:

a) penas **privativas de liberdade**, representadas pela reclusão e pela detenção (art. 33, CP);

b) penas **restritivas de direito**, nas modalidades (1) de prestação pecuniária, (2) de perda de bens e valores, (3) de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, (4) de interdição temporária de direitos e (5) de limitação de fim de semana (art. 43, I-VI, CP);

c) penas de **multa**, com quantidades entre 10 e 360 dias-multa e valores entre 1 (um) trigésimo do salário mínimo e 5 (cinco) salários mínimos por dia-multa (art. 49 e §1º, CP).

Nesse sistema repressivo, as penas **privativas de liberdade** constituem o **centro** da política penal e a **forma principal** de punição; as penas **restritivas de direitos** funcionam, simultaneamente, como **substitutivas** da privação de liberdade e **impeditivas** da ação criminógena do cárcere; as penas de **multa** são, em regra, cominadas em forma **cumulativa** ou **alternativa** à privação de liberdade, mas podem ser aplicadas, por exceção, em caráter **substitutivo** das penas privativas de liberdade (art. 60, §2º, CP).⁶

Helena Cláudio Fragoso observa que no “código penal vigente todas as penas são principais. Terminou-se com a antiga distinção, hoje ultrapassada, da Parte Geral de 1940, entre as penas principais e acessórias”⁷. Assim, após a reforma de 1984, instituída pela Lei nº 7.209, acolheu-se o sistema das penas alternativas ou substitutivas, implementadas também pela Lei nº 9.714/98.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 512.

⁶ Ibid., p. 511.

⁷ FRAGOSO, Helena Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 351.

3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Deixando-se de lado a origem histórica da prisão como pena, a fim de ganhar o estudo maior praticidade, há mencionar que a privação da liberdade é vista, na moderna concepção, a partir do princípio da *ultima ratio*, ou seja, deve ela ser aplicada como último recurso.

Essa idéia vem ao encontro das críticas de respeitáveis penalistas acerca da falência do sistema.

Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo, conclui:

A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinqüentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o cerceamento demasiadamente longo.⁸

Por esta razão é que a Lei nº 9.714/98 inseriu novas modalidades de penas restritivas de direitos, bem como ampliou seu campo de atuação.

Observa, ainda, Luiz Regis Prado:

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinqüiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.⁹

O Código Penal prevê duas espécies de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção.

Para Fragoso, inexistem diferenças ontológicas entre a pena de reclusão e a de detenção:

A única diferença entre reclusão e detenção reside no fato de que a primeira deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a última em

⁸ Ibid., p. 357.

⁹ PRADO, L. R. Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 163.

regime semi-aberto ou aberto (artigo 33, CP). Na execução, não há diferença alguma entre reclusos e detentos. O CP de 1940 mandava fossem eles separados, em disposição que nunca foi cumprida.¹⁰

Com efeito, as diferenças que subsistem entre elas estão no campo processual como, por exemplo, a possibilidade ou não de fiança (em regra) e no tocante ao rito processual.

Por fim, cumpre mencionar o limite de trinta anos imposto pelo Código Penal (art. 75) para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Juarez Cirino dos Santos esclarece que esse limite “decorre da proibição constitucional de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CR). A única exceção ocorre na hipótese de condenação por fato punível cometido **após o início da execução** da pena, em que a **reunificação** determinada pela nova pena **aplicada** desconsidera o tempo de pena já cumprido”.¹¹

3.2 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

As penas restritivas de direitos são autônomas e aparecem como substitutivas das penas privativas de liberdade. Fragoso observa terem ditas sanções a “vantagem de manter o condenado basicamente na comunidade, realizando as suas atividades laborais normais”.¹²

Estão previstas no art. 43 do Código Penal e são de cinco espécies: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Luiz Regis Prado anota que, na verdade, as penas restritivas de direitos, a rigor, açambarcam a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e a interdição temporária de direitos, porquanto as demais constituem penas restritivas de liberdade (art. 43, IV e VI, CP) e penas patrimoniais (art. 43, I e II, CP).

São denominadas substitutivas pois exigem uma etapa prévia, que é a fixação, pelo juiz, do *quantum* da reprimenda privativa de liberdade a ser imposta,

¹⁰ Ibid., p. 359.

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 533-534.

para, só após, convertê-la em pena restritiva de direitos. A exceção é nos Juizados Especiais Criminais, onde elas têm natureza alternativa, porque podem ser estabelecidas de pronto.

Para a aplicação desta espécie de sanção, deve o condenado preencher dois requisitos: o objetivo (diz respeito à quantidade da pena privativa de liberdade imposta ou à natureza do ilícito) e o subjetivo (réu não reincidente ou, ainda que o seja, observado o disposto no art. 44, § 3º, CP).

Sobre representar avanço aos ideais de responsabilidade à pessoa humana, adverte Fragoso: “é vital, de outro lado, que sejam implementados mecanismos eficazes de controle do cumprimento das penas restritivas de direitos, sob pena de ensejar-se indesejável impunidade”.¹³

Para Juarez Cirino dos Santos, a introdução das penas restritivas de direitos no sistema penal brasileiro constituiu a maior inovação da reforma de 1984. Sobre o assunto, esclarece o doutrinador:

A natureza substitutiva das penas **restritivas de direitos** exclui a execução das penas **privativas de liberdade** substituídas, mas esse efeito não reduz a função de **retribuição equivalente** ou as funções de **prevenção** geral e especial atribuídas às penas privativas de liberdade. Na verdade, o propósito explícito da nova política penal é o **aperfeiçoamento** da pena privativa de liberdade, mediante duplo revigoramento: por um lado, a nova política penal legitima o rigor retributivo da pena **privativa de liberdade** para os “casos de necessidade”, por outro lado, atribui eficácia coativa às penas **restritivas de direitos**, pela conversibilidade em pena privativa de liberdade (art. 44, §4º, CP). Assim, as penas **restritivas de direitos** diversificaram as alternativas repressivas do Direito Penal brasileiro, preservando sua eficácia coativa por causa da conversibilidade em penas **privativas de liberdade**. Como se pode ver, a pena **privativa de liberdade** é o centro de gravidade da nova política penal brasileira, como ponto de convergência repressiva e núcleo de irradiação da eficácia coativa das penas **restritivas de direitos**.

A flexibilidade do sistema punitivo brasileiro, com a introdução das penas **restritivas de direitos**, é produto da assimilação de críticas irrefutáveis sobre as inconveniências da prisão, que destacam os efeitos prejudiciais da pena privativa de liberdade sobre condenados primários ou ocasionais, ou sobre autores de crimes irrelevantes, pela exposição a práticas de corrupção, sevícias e degradação pessoal e moral, sintetizadas no conceito de prisionalização.¹⁴

¹² FRAGOSO, op. cit., p. 380.

¹³ Ibid., p. 393.

¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 511-512.

3.3 PENA DE MULTA

A pena de multa consiste na obrigação imposta ao condenado de pagar ao Estado determinada soma em dinheiro. Está prevista no art. 49, do Código Penal, que dispõe:

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
 § 1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.
 § 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

No Direito Penal brasileiro a única espécie de pena pecuniária é a pena de multa (art. 5º, XLVI, "c", CF e art. 49, *caput*, CP).

Em matéria penal ela tem caráter personalíssimo, ou seja, não pode ser transmitida aos herdeiros ou sucessores do condenado e, com o advento da Lei nº 9.268/96, não é mais possível convertê-la em prisão.

É cominada de forma alternativa ou cumulativa. Aparece, por vezes, isoladamente nas contravenções penais.

Na aplicação desta sanção deve o juiz atentar-se à limitação legal entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa. E, cada dia multa, conforme o sistema escandinavo adotado pelo Código Penal, equivalerá a certo valor pecuniário, variável de acordo com "a renda média que o autor do crime auferir em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial".¹⁵

A multa está disciplinada nos artigos 49 a 52 do Código Penal e deve ser paga no prazo de 10 dias, depois de transitar em julgado a sentença condenatória.

Acerca dessa espécie de reprimenda, Juarez Cirino dos Santos preleciona:

A pena de multa, instituída para impedir penas privativas de liberdade de curta duração – ou seja, aplicável à criminalidade média e leve –, é a sanção penal mais freqüente dos sistemas punitivos modernos. O *quantum* da pena de multa é determinado pelo sistema de dias-multa – uma criação

¹⁵ FRAGOSO, op. cit., p. 399.

original do Código Criminal do Império do Brasil (1830) –, hoje generalizado nas legislações penais.

As vantagens da pena de multa são evidentes: a) do ponto de vista do condenado, preserva os contatos familiares e sociais, garante a continuidade das relações de trabalho e evita os efeitos nocivos da prisão; b) do ponto de vista do Estado, possui eficácia retributiva e preventiva, economiza custos de execução penal e garante recursos financeiros para o sistema penitenciário. As desvantagens parecem pequenas: eventual redução da capacidade de indenizar a vítima pelo dano do crime e incerteza sobre a identidade real do pagador. ¹⁶

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 542.

4 AS MODALIDADES DE PRISÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO PENAL

4.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O art. 301 do Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, “a palavra ‘flagrante’ é derivada do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, é acalorado, evidente, notório, visível, manifesto”.¹⁷

Já em sentido jurídico — ensina o mesmo doutrinador —, “flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’”.¹⁸

Para ele, a prisão em flagrante é do tipo cautelar, porquanto “derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.¹⁹

Os casos em que, segundo a lei, existe situação de flagrância estão elencados no art. 302 do Código de Processo Penal, cuja redação é a seguinte:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 370.

¹⁸ *Ibid.*, p. 370.

¹⁹ *Ibid.*, p. 370.

4.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

Uma segunda espécie de prisão provisória ou cautelar é a chamada prisão temporária.

Ensina mais uma vez Mirabete que essa é uma “medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.²⁰

Caberá prisão temporária, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.960/89: a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptó violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado por morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

A prisão temporária será decretada pelo prazo máximo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. A Lei nº 8.072/90 ampliou o prazo para trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, para os crimes hediondos.

4.3 PRISÃO PREVENTIVA

A custódia preventiva, por sua vez, tem pressupostos e requisitos próprios, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e configura medida cautelar típica, sendo impensável prescindir dessa modalidade de prisão.

Ainda que seja providência processual de exceção, a sua manutenção, mesmo após o advento da Constituição de 1988, é defendida pela doutrina e jurisprudência. Remanesce, contudo, firme exigência da demonstração da necessidade da segregação cautelar do acusado, à luz da garantia da ordem

pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou do asseguramento da aplicação da lei penal.

Acerca dos pressupostos e circunstâncias que autorizam a prisão preventiva

Fernando da Costa Tourinho Filho leciona:

A prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro, e uma destas, ao menos uma, deve coexistir com aqueles dois. É sempre assim, sem exceção. Os pressupostos são a "prova da existência do crime" e os "indícios suficientes de autoria". Exige a lei prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova da existência do crime a lei quer mais: "indícios suficientes de autoria". E na velha lição de Borges da Rosa, esses indícios "devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disso. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz" (*Processo penal brasileiro*, cit., v. 2, p. 281).

Esses dois pressupostos devem estar aliados a uma destas circunstâncias: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) garantia da ordem econômica; d) assecuração de eventual pena a ser imposta.

É sabido que a pena somente pode ser imposta quando o acusado for declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. É como dispõe a nossa Lei Maior. Logo, é de concluir que toda e qualquer antecipação da pena violenta a Constituição Federal, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária.

(...)

Observa Antônio Magalhães Gomes Filho: "na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz" (*Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 53).

A prisão preventiva é uma dessas medidas cautelares e, como toda e qualquer medida cautelar, a preventiva subordina-se a dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, o qual equivale, no cível, ao *periculum in mora*. Daí o ensinamento de Vélez Mariconde: "...toda privação da liberdade determinada antes do ato jurisdicional legítimo para impô-la a título de sanção só pode ocorrer ante a necessidade atual e concreta de remover o temor de 'um dano jurídico', que se traduz no perigo de que o imputado, em liberdade, oculte a verdade dos fatos ou determine a inaplicabilidade da lei penal" (*Estúdios de derecho procesal penal*, Córdoba, Ed. Universidade de Córdoba, 1956, t. II, p. 249).²¹

Chega-se, assim, à inarredável conclusão de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma

²⁰ Ibid., p. 392.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado. vol. 1. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 806-808.

destas circunstâncias: conveniência da instrução criminal ou exeqüibilidade da efetivação da pena, jamais com fundamento de tratamento punitivo.

A prisão provisória que supere esse limite, conclui Tourinho Filho, "é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da 'presunção de inocência'. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal".²²

4.4 PRISÃO DECORRENTE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

Segundo dispunha o art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal, prolatada a decisão de pronúncia o acusado deveria ser recolhido à prisão ou mantido na que se encontrasse, salvo se primário e de bons antecedentes (art. 408, § 2º, CPP).

A prisão, pois, configurava efeito quase automático da pronúncia. Esse tipo de segregação, contudo, passou a ser questionado, sujeitando-o também, à demonstração da necessidade da custódia.

Assim, com o advento da Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, em vigência desde 09 de agosto de 2008, a pronúncia passou a ser disciplinada no art. 413 do Digesto Processual Penal, estabelecendo o seu § 3º que se o réu pronunciado estiver preso, o juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a manutenção, revogação ou substituição da medida. Se estiver solto, o magistrado deverá, também **fundamentadamente**, deliberar sobre a necessidade de decretação da prisão ou de imposição de quaisquer medidas previstas na parte que trata da prisão e da liberdade provisória.

Sendo o crime afiançável permanece a regra de que o juiz arbitrará o valor da fiança, com vistas à concessão ou manutenção da liberdade provisória (art. 413, § 2º, CPP).

No exame da hipótese, Andrey Borges de Mendonça faz interessante escorço histórico, asseverando que antes mesmo da citada reforma do Código de Processo Penal, já se estava interpretando essa modalidade de prisão em consonância com a Constituição Federal:

²² Ibid., p. 809.

O CPP, em sua redação anterior, indicava que a prisão provisória do acusado que fosse pronunciado seria medida automática, salvo se fosse primário e de bons antecedentes ou se a infração fosse inafiançável (art. 408, §§ 1º a 3º). Ressalvadas estas duas últimas hipóteses, a prisão era medida que se impunha. No entanto, **com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 408 do CPP passou a ser reinterpretado à luz do princípio da presunção de inocência**, que estabelece que qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado somente pode ser decretada em casos e situações excepcionais, ou seja, se houver risco de que a liberdade (*periculum in mora*) possa macular algum bem jurídico do processo ou da própria sociedade. **Assim, já se entendia que apenas se presentes os fundamentos da prisão preventiva (art. 312 do CPP) é que seria possível a prisão decorrente da pronúncia.**

Justamente nesta senda é que o § 3º do art. 413 do CPP determina que o juiz decidirá, motivadamente, na hipótese de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou a imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I. Este último Título trata "Da prisão e da liberdade provisória", disciplinada nos arts. 282 a 350. Deve o magistrado analisar se estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, quais sejam a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. **Não há, portanto, que falar que a prisão é um efeito automático da pronúncia. Somente em situações devidamente justificadas pelas circunstâncias e em decisão motivada deve o magistrado decretá-la.** Como o próprio artigo enfatiza, é preciso demonstrar a necessidade, no caso concreto, de manter a medida cautelar já determinada anteriormente ou, em caso de acusado solto, determinar a sua prisão. Dispõe, ainda, o art. 413, § 2º, que, se a infração for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.²³

Acerca do ponto, concluem, outrossim, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

O novo § 3º do art. 413 alterou bastante o panorama relacionado com o tema da prisão. A prisão do réu pronunciado, que era quase uma consequência natural da decisão de pronúncia, passou a exigir motivação específica a respeito de sua decretação (estando solto o réu até então), de sua manutenção ou revogação (caso preso o réu).

Parece que uma orientação razoável é no sentido de que, se o réu respondeu solto ao processo é porque não deu causa à revogação de sua liberdade provisória, caso tenha sido preso em flagrante ou à decretação de sua prisão preventiva. Assim, por exemplo, encontrar-se em liberdade significa dizer que não tornou a delinquir (afrontando a ordem pública), ou ameaçou testemunhas (dificultando a instrução criminal). Ora, ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP), é justo que, uma vez pronunciado, continue solto, aguardando o julgamento em liberdade.

²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo penal. São Paulo: Método, 2008, p. 17-18.

Contrariamente, poder-se-ia imaginar que se o acusado respondeu ao processo preso caberia presumir que havia motivação suficiente que justificasse sua prisão cautelar. Em outras palavras: se respondeu preso, continuaria preso.

A nova regulamentação do assunto, entretanto, é bem diferente dessa conclusão. **Mesmo que o acusado esteja preso, a manutenção ou revogação ou substituição da prisão exige fundamentação específica, que passa pelo art. 312 do CPP. Não existe prisão automática. Toda prisão só se justifica quando absolutamente necessária. (...)**

No título IX do Livro I ainda não temos nenhuma medida alternativa à prisão cautelar prevista expressamente. Isso faz parte de um projeto de lei que tramita no Congresso Nacional. Nele várias medidas alternativas à prisão cautelar acham-se elencadas (prisão domiciliar, proibição de freqüentar lugares etc.). A parte final do § 3º do art. 413 do CPP em consideração está conectada a essa mudança legislativa que ainda não ocorreu.²⁴

4.5 PRISÃO DECORRENTE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

4.5.1 Transitada em julgado

A prisão pode ocorrer, também, em razão de sentença penal condenatória. Cumpre distinguir, porém, duas situações, conforme tenha ou não ocorrido o trânsito em julgado.

Se já se esgotaram as vias recursais, dúvida não há de que o caso é de execução.

Com efeito, o fenômeno do trânsito em julgado torna imutável, no processo em que foi proferida, a sentença condenatória. Somente em eventual ação de revisão criminal é que esse comando jurisdicional poderá vir a ser modificado.

Desse modo, a coisa julgada autoriza a execução definitiva da sentença condenatória. Como se disse, trata-se de tornar efetivo o preceito concreto, ou seja, de transformar em fato o direito declarado na sentença.

Para executar-se a sentença que haja imposto pena privativa de liberdade, expede-se a guia de recolhimento. Essa peça, autuada, dará início ao procedimento executivo, onde serão resolvidos todos os incidentes ligados ao cumprimento da

²⁴ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às reformas do Código de processo penal e da Lei de trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68-69.

sanção imposta (progressão e regressão de regime, suspensão condicional da pena, livramento condicional, concessão de indulto etc.).

Considerando-se o princípio da presunção de não-culpabilidade, só há falar em execução após a formação da coisa julgada, pois se o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, não poderá, igualmente, ser compelido a cumprir pena antes de tal advento processual.

4.5.2 Sujeita a recurso

A par da prisão decorrente de decisão condenatória transitada em julgado, o Código de Processo Penal estabelece, no art. 393, I, que um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”.

Esse artigo está em consonância com o disposto no art. 597 do Código de Processo Penal, segundo o qual “a apelação da sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional da pena”.

Agora, entretanto, já não é mais possível afirmar, apenas com base na combinação dos arts. 393 e 597, que o estatuto processual permite a prisão do acusado antes do trânsito em julgado, como consequência imediata da sentença penal condenatória.

É que a Lei nº 11.719/08, em vigência desde 22 de agosto de 2008, acrescentou ao art. 387 o parágrafo único com a seguinte redação:

O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser imposta.

Analizando esse dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci assevera:

A principal medida é certamente a determinação da prisão. Esta **passa a ser regida, no âmbito geral do processo penal, pelo disposto no art. 312 do CPP**. Havendo motivo justo, deve o réu ser recolhido ao cárcere, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Inexistindo razão, ficará em liberdade, aguardando o resultado final. **A decisão judicial será**

fundamentada e calcada, como mencionado, nos requisitos da prisão preventiva. Não mais se prende à reincidência e aos maus antecedentes, embora estes possam ser valores determinantes para a decretação da segregação provisória. Da mesma forma que o primário, com bons antecedentes, pode ser preso cautelarmente, o reincidente, com maus antecedentes pode permanecer em liberdade. Tudo depende do caso concreto. **Na reforma trazida pela Lei 11.719/2008 revogou-se o art. 594 do CPP, que preceituava só poder recorrer em liberdade o réu primário e de bons antecedentes.**²⁵

Adverte ainda, o citado autor, que outras situações, por estarem assentadas em princípios penais e processuais penais, também determinam a liberdade do réu, quando da prolação da sentença condenatória:

Assim, caso o juiz imponha ao acusado o regime aberto, não importando em que situação ele se encontra, não há cabimento em mantê-lo no cárcere, pois, se confirmada a decisão, o cumprimento de sua pena se dará, praticamente em liberdade. Por outro lado, caso a pena fixada pelo magistrado seja branda, levando-se em conta o tempo de prisão cautelar (sobre o qual incidirá a detração) e também o período que deverá aguardar para que seu recurso seja julgado, pode ser de flagrante injustiça mantê-lo preso. Afinal, a pena total aplicada pode ser inferior ao tempo de detenção cautelar, o que não é razoável. Enfim, torna-se imperiosa a utilização da proibição de recorrer em liberdade com cautela e prudência, conforme o caso concreto que cada réu apresente.²⁶

Comentando sobre a previsão, no referido parágrafo único, de imposição de “outra medida cautelar” decorrente da condenação, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, tecem as esclarecedoras considerações:

(...) verifica-se que o legislador determinou ao juiz que, condenando o réu, decida sobre a prisão preventiva ou sobre **outra medida cautelar**. Estranho, à primeira vista, esse dispositivo, afinal, qual medida cautelar seria imposta em uma sentença penal condenatória, em vista da legislação em vigor? A única explicação plausível é encontrada no projeto de Lei 4.208/2001, da relatoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, em trâmite no Congresso Nacional, e que trata de prisão, liberdade provisória e (...) **medidas cautelares**. Esse projeto prevê, dentre outras questões, uma série de medidas cautelares que o juiz pode manter na condenação, como, por exemplo, o comparecimento periódico do réu em juízo para justificar suas atividades, a proibição de freqüentar determinados lugares ou de se aproximar de certas pessoas e mesmo de deixar o país etc. O plenário da Câmara Federal, em 25 de junho de 2008, aprovou o projeto que, em seguida, foi enviado ao Senado para apreciação. Melhor seria que o

²⁵ NUCCI, op. cit., p. 692.

²⁶ Ibid., p. 693.

legislador aguardasse a aprovação desse projeto para, somente depois, incluir, no dispositivo em exame, as tais **medidas cautelares**. O adodamento do legislador, aliado ao fato de que o projeto não foi ainda aprovado, tornam esse tópico específico do parágrafo único do art. 387, pelo menos por ora, verdadeira letra morta.²⁷

No particular, explicita Andrey Borges de Mendonça:

O legislador fez menção "a outra medida cautelar" porque tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.208/2001 – da mesma origem do projeto que originou a presente Lei –, tratando de outras medidas cautelares restritivas, além da prisão (por exemplo, proibição de manter contato com determinada pessoa ou suspensão do exercício de função pública). A estas outras medidas cautelares é que está se referindo o artigo em comento.²⁸

Em relação ao recurso de apelação em crimes hediondos e equiparados, cujas penas são elevadas e o regime de cumprimento é o inicialmente fechado (nova redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 dada pela Lei nº 11.464/07), a regra é o recolhimento à prisão para poder recorrer. Não obstante, o juiz deve apresentar as razões que o levam a decretar a prisão ou mesmo quando deixa de fazê-lo, não sendo tolerável a imposição de segregação cautelar imotivada ou com base em mera citação de dispositivo de lei.

Não se pode olvidar, ainda, que o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90 preceitua poder o juiz, fundamentando convenientemente, permitir o recurso em liberdade.

4.6 PRISÃO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO

Como já dito, o art. 393 do Código de Processo Penal preceitua, no inciso I, que a prisão é efeito da sentença penal condenatória recorrível. Contudo, embora a primeira leitura do dispositivo possa fazer crer, a sentença não é fato jurídico que determina a incidência da norma e resulta na prisão pura e simples do condenado. Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci, a prisão "pode ser um dos efeitos da condenação sujeita a recurso, no caso do juiz negar ao acusado o direito de

²⁷ GOMES, L. F.; CUNHA, R. S.; PINTO, R. B., op. cit., p. 333-334.

²⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 246-247.

permanecer em liberdade, para recorrer, como no caso de ser ele reincidente ou possuir maus antecedentes, em caso de crime inafiançável".²⁹

De outro lado, estabelecia o art. 594 não poder o réu apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto. Esse dispositivo ganhou nova redação com o advento da chamada Lei Fleury (nº 5.941/73), limitando a amplitude do referido art. 393, I. A partir de então, se fosse o réu primário e de bons antecedentes, não teria incidência o art. 393, I, tal como na hipótese em que condenado por crime afiançável, ocorrendo o respectivo pagamento ou quando condenado por crime de que se livrasse solto. Logo, não era exigível o recolhimento à prisão se fixada apenas multa ou privativa de liberdade de três meses, por exemplo. A regra processual, portanto, atingiria o condenado há mais de 2 anos de prisão e portador de maus antecedentes ou reincidente. Nesses casos, deveria ser preso, já com caráter de cumprimento de pena.

Após a Carta Magna de 1988, entretanto, travou-se discussão acerca da constitucionalidade dessa prisão. Segundo alguns juristas, v.g. Luiz Flávio Gomes, o art. 594 seria incompatível com o novo sistema constitucional, que expressamente prevê, no art. 5º, inc. LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essa previsão, na verdade, violava não o princípio de presunção de inocência, mas o direito à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, à possibilidade de revisão dos provimentos jurisdicionais. Através do manejo dos recursos (ou do reexame necessário), os atos judiciais podem ser confirmados, reformados ou anulados por uma instância superior.

Portanto, em razão dos princípios do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa, não era mesmo possível colocar o recolhimento à prisão como condição de admissibilidade do recurso de apelação. Ademais, também é interesse do Estado absolver o réu inocente, considerando que o processo penal busca a reconstrução dos fatos e o alcance da verdade.

Daí ter sido o aludido art. 594 do Código de Processo Penal revogado expressamente pelo art. 3º da Lei nº 11.719/08, em vigor desde o dia 22 de agosto de 2008.

Já o art. 595, ainda em vigor, preceitua que “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

Muitos doutrinadores sustentam também a inconstitucionalidade desse dispositivo, alegando que o mesmo impede o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e passou a conceder ordem em *habeas corpus* reconhecendo o direito de o réu ter apreciada a sua apelação, independentemente do recolhimento à prisão:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PENA DE DESERÇÃO. ART. 595, CPP. NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. OBRIGATORIEDADE DA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A questão de direito em debate neste *writ* consiste na vigência (ou não) da regra contida no art. 595, do Código de Processo Penal, ou seja, a declaração de deserção da apelação quando o réu foge após a interposição do recurso. 2. A previsão de pressuposto recursal relacionado à exigência da prisão do condenado para poder apelar (CPP, art. 594), na atualidade, se revela violadora dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LIV e LV), eis que somente se admite a prisão cautelar quando houver a presença dos pressupostos e condições da prisão preventiva (CPP, art. 312). 3. O mesmo raciocínio é válido na leitura interpretativa do art. 595, do Código de Processo Penal, eis que se reconhecida a inconstitucionalidade da exigência de recolhimento do condenado à prisão para poder apelar, também o será a norma que repete a fuga como causa para a deserção da apelação anteriormente interposta. **A fuga, assim, seria um pressuposto negativo de admissibilidade do recurso.** 4. **Não há mais legitimidade na restrição à interposição de apelação criminal consistente na obrigatoriedade do recolhimento à prisão em razão de sentença condenatória e na deserção na eventualidade de fuga do condenado após a interposição da apelação.** 5. Ordem concedida.³⁰

A Lei nº 11.719/08, como já dito, acrescentou ao art. 387 do Código de Processo Penal o parágrafo único com a seguinte redação: “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 698.

³⁰ HC nº 91.945, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.06.2008, DJe 15.08.2008.

Sobre a parte final desse novo parágrafo único, prevendo que o recebimento e posterior processamento da apelação independe da prisão do réu, ensinam Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Não mais se estabelece, portanto, qualquer liame entre prisão e conhecimento do recurso. Se é assim, encontra-se tacitamente revogado o art. 595 do CPP, que cuida da deserção. Trata-se, aliás, de posicionamento que já vinha sendo plasmado na jurisprudência e que, no Superior Tribunal de Justiça, foi objeto da Súmula 347, cujo verbete é o seguinte: “O conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.³¹

Nesse mesmo sentido, as esclarecedoras observações de Andrey Borges de Mendonça:

(...) na sistemática anterior, não seria conhecido o recurso de apelação se o acusado não se recolhesse à prisão nas hipóteses devidas. Entretanto, seja com a Constituição de 1988, ou, ao menos, desde a incorporação da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pelo Decreto 678/1992, já não se deveriam admitir restrições ao direito de recorrer, conforme dispõe o art. 7º, item 6, daquela Convenção. Neste sentido, o STJ editou, em 23.04.2008, a Súmula 347: “O conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Realmente, violava a ampla defesa e a paridade de armas exigir que o acusado, para poder se valer de seu direito de recorrer, tivesse que se recolher ao cárcere. A partir da entrada em vigor da nova legislação, não restam dúvidas de que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe do seu recolhimento ao cárcere. A apelação do réu deve ser admitida e conhecida, mesmo que esteja foragido. Da mesma forma, não há mais falar em deserção caso o acusado, preso, fuja no curso do apelo. Mesmo que não revogado expressamente o art. 595 – que cuida da deserção em caso de fuga –, não há razão para tratar diferentemente as situações. Ou seja, se o réu não precisa se recolher mais à prisão para ter seu recurso conhecido, da mesma forma não poderá ter seu recurso extinto em razão de não permanecer preso. De qualquer sorte, a jurisprudência já vinha entendendo que o art. 595 do CPP, assim como o art. 594, ambos de velada inspiração autoritária, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.³²

Para Guilherme de Souza Nucci, a discussão acerca da constitucionalidade do art. 595 perdeu relevo, pois, no seu entender, o parágrafo único do art. 387 parece ter “alterado o disposto no art. 595 do CPP, deixando de ser considerado imprescindível, para o conhecimento da apelação, estar o réu preso ou solto”.

³¹ GOMES, L. F.; CUNHA, R. S.; PINTO, R. B., op. cit., p. 334.

De qualquer forma, registra o autor:

O Supremo Tribunal Federal deverá, em breve, apreciar essa questão em julgamento a ser proferido pelo plenário, pois a 1ª Turma deliberou afetar ao Pleno o julgamento de *habeas corpus* em que se pretende, sob alegação de inconstitucionalidade do art. 595 do CPP, afastar o obstáculo ao processamento do recurso de apelação, caso o paciente fuja, após a sua condenação (HC 85.961-SP, 1ª T., rel. Marco Aurélio, 20.09.2005, Informativo 402).³³

³² MENDONÇA, op. cit., p. 247.

³³ NUCCI, op. cit., p. 961.

5 ENFOQUE DOUTRINÁRIO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO DECORRENTE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL E A (IN)VIABILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O processo penal configura instrumento de aplicação do direito penal, voltando-se para a proteção dos valores sociais considerados relevantes e merecedores da tutela penal e, ao mesmo tempo, para a preservação da dignidade dos acusados da prática de crimes. A compreensão de seu limite de incidência exige que seus institutos sejam estudados dentro de uma perspectiva sistemática e sempre à luz da Carta Magna.

Antes da reforma implementada pela Lei nº 11.719/08, para alcançar a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença não transitada em julgado fazia-se necessária a conjugação dos já mencionados artigos 393, I, 594 e 597.

Algumas vertentes doutrinárias se formaram, então, acerca da natureza jurídica dessa custódia provisória: uma atribuindo à sentença penal condenatória recorrível natureza cautelar, outra entendendo que ela configura execução provisória da pena, além das que, por exemplo, tomaram-na como prisão provisória de natureza processual ou como regra procedimental condicionante da apelação.

Na segunda edição da obra “Direito de apelar em liberdade”, publicada em 1996, Luiz Flávio Gomes bem sintetizou a questão:

Dentro da lógica e do sistema de 1941, a prisão para apelar pode ser entendida de forma múltipla: “efeito automático da condenação recorrível” ou “prisão cautelar obrigatória” ou “execução provisória da pena” ou “regra procedimental condicionante da apelação” ou, ainda, “prisão de natureza processual”. A corrente predominante, no entanto, preocupada em salvar sua intangibilidade, passou a concebê-la como “prisão cautelar”, mas ao mesmo tempo dizia que só se justificava quando presentes os requisitos de toda medida cautelar, isto é, “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”. Em casos excepcionais, quando presentes os requisitos do art. 312, justifica-se a constrição cautelar. Do contrário, não.³⁴

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. Direito de apelar em liberdade. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 134.

Com base em dois fundamentos jurídicos, o insigne Professor sustentou que o art. 594 do Código de Processo Penal teria sido revogado pela Constituição Federal de 1988:

Em primeiro lugar, não foi recepcionado (e, portanto, está revogado) pela Constituição Federal porque esta garante de modo irrestrito o duplo grau de jurisdição – que integra o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) –, assim como o contraditório e a ampla defesa (inc. LV), a proporcionalidade e a igualdade. Em segundo lugar, caso tivesse sido recepcionado, o art. 594 do CPP teria sido revogado pelos arts. 8º, 2, “h” e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – que está em vigor no Brasil desde 09.11.92, com força e hierarquia constitucional (muitas das suas normas) ou, no mínimo, de lei ordinária –; de modo explícito ela assegura, nos mencionados dispositivos, o irrestrito (e “efetivo”) duplo grau de jurisdição no âmbito “criminal”. Com isso o recurso de apelação sempre tem efeito suspensivo, tal como previsto na primeira parte do art. 597 do CPP. Tornou-se indiscutível, principalmente depois da CF de 88, a obrigatoriedade interna dos tratados internacionais. Algumas das suas normas possuem inclusive *status* constitucional. No mínimo valem como lei ordinária.³⁵

Mais recentemente, reafirmou a necessidade de estar concretamente fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal a prisão decorrente da sentença condenatória:

Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada – embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) – somente se justifica se motivada por fato posterior, que se ajuste, concretamente, em uma das hipóteses referidas no art. 312 do Código de Processo Penal. Fora disso estamos diante de uma execução provisória indevida da prisão, verdadeira antecipação de pena, que conflita flagrantemente com o princípio da presunção de inocência emanado do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos assim como do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.³⁶

Sustentando que a prisão derivada de sentença recorrível só pode ter natureza cautelar, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera:

(...) nas hipóteses dos arts. 408, § 2º, e 594, ambos do CPP, **presume-se**, em face da vida **anteacta** do acusado, a necessidade da prisão provisória. Já na hipótese do art. 312, há necessidade de comprovação. Tratando-se

³⁵ *Ibid.*, p. 135.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da pena (contra o réu) e o PPIB: retrocesso jurisprudencial no STF. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br>, 26 de novembro 2007.

de prisão preventiva, é preciso haja nos autos elementos idôneos que possam levar o Juiz a admitir que o réu está perturbando a instrução criminal ou pretendendo escapar à punição. Nos casos previstos nos arts. 408, § 2º, e 594 do CPP, cuida-se de mera presunção: presume-se que ele vai fugir... A lei, entretanto, não pode estabelecer presunções contrárias ao réu e que superem a presunção de inocência, dogma constitucional, como ensina a doutrina. Não basta, pois, a mareada vida pretérita do réu. É preciso que se demonstre, também, a necessidade dessa prisão, com as vistas voltadas para o art. 312 do CPP, vale dizer, é preciso haja nos autos elementos que conduzam o Juiz ao temor de que o réu está querendo escapar à punição, tanto mais quando a Constituição Federal, no seu art. 5º, LXI, dispõe que ninguém poderá ser preso, salvo o caso de flagrante, senão mediante ordem escrita e **fundamentada do Juiz...** (...) se a Constituição proclama a presunção de inocência daquele não definitivamente condenado, não faz sentido possa a lei infraconstitucional estabelecer presunção contrária ao réu. Tal não quer dizer não possa o condenado em sentença recorrível ser preso para poder apelar. Pode. É preciso, contudo, que, em decisão fundamentada, fique demonstrada a necessidade do encarceramento provisório, nos termos do art. 5º, LXII, da CF, sob pena de se admitir, estupidamente, uma antecipação da pena, ainda não definitivamente imposta, ou prisão processual obrigatória...³⁷

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que a apelação da sentença condenatória, pela defesa, tem efeito suspensivo, não podendo ocorrer antecipação dos efeitos executórios e acrescentam:

A prisão em virtude de decisão condenatória recorrível também possui natureza cautelar, visando a assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável; tanto assim que se admite a fiança como medida de contracautela; alguns autores preferem vislumbrar na hipótese uma **execução provisória** do julgado sujeito a recurso, mas essa posição, embora respeitável, não só deixa de levar em conta o aspecto antes mencionado, mas também colide com o princípio constitucional do art. 5º, LVII, que consagra a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.³⁸

No mesmo sentido, Sidnei Agostinho Beneti sustenta de forma bastante enfática:

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 454-455.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Antonio Magalhães Filho; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 331.

Questão de grande relevância, ante os efeitos concretos, vem sendo a da impropriamente denominada “execução provisória”, instituto, diversamente do que se passa no cível, inexistente no sistema processual penal e, mais, de absoluta incongruência nesse sistema, porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória.³⁹

Para o processualista Rogério Lauria Tucci, não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar com a de natureza processual. A prisão em flagrante, a preventiva e a temporária são tipicamente cautelares, pois “têm por finalidade a asseguuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, ou a preservação da aplicação da lei penal”.⁴⁰ Já a prisão decorrente de pronúncia ou de sentença recorrível, “tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as **tipicamente cautelares** firmam-se em **fatos extra e metaprocessuais**, elas ocorrem no âmbito de processo em curso, sendo necessariamente **vinculadas a ato processual**, de que derivam”.⁴¹

Assim, conclui Tucci:

(...) à evidência que não podem ser confundidos os pressupostos da prisão em flagrante delito, ou de ordem judicial determinante de prévio encarceramento do imputado, com os de um pronunciamento interlocutório de outra índole, ou condenatório, recorrido ou recorrível, no processo penal de conhecimento.

Aqueles dizem com a prática da infração penal em ato, ou com a conjugação das disposições legais atinentes à **prisão cautelar**. E estes, por sua vez, com a convicção do órgão jurisdicional pronunciante sobre a viabilidade da acusação, encaminhando o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri; ou com a certeza sobre a materialidade do fato criminoso e da indigitada autoria.

Conseqüentemente, somente em relação aos primeiros, ou seja, quando for caso de **prisão provisória tipicamente cautelar**, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do investigado, indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado.⁴²

³⁹ BENETI, op. cit., p. 88-89.

⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 382-383.

⁴¹ Ibid., p. 383.

⁴² Ibid., p. 383.

E discorrendo acerca da inexistência de execução provisória no processo penal brasileiro, enfatiza o mesmo doutrinador:

(...) a determinação de prisão (certamente de caráter meramente processual) do condenado, pelo simples fato da condenação, estabelecida em ato decisório de mérito sujeito a recurso, a par de aberrar do sistema executivo vigorante em nosso ordenamento jurídico, afronta a preceituação contida no inc. LVII do art. 5º da CF, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Expressa, de maneira clarificada, esse transcrito mandamento constitucional, na esteira de globalizado entendimento, o direito do cidadão, envolvido numa persecução penal, a **não-consideração prévia de sua culpabilidade**, isto é, de não poder ser tido como culpado até que coberto pela coisa julgada *decisum* condenatório. (...)

Ora, isso significa que o acusado, como tal, somente poderá ter sua **prisão provisória** decretada quando esta assuma **natureza cautelar**, ou seja, nos casos de **prisão em flagrante**, de **prisão temporária**, ou de **prisão preventiva**.

Ao revés, proferido ato decisório, passível de enfrentamento por um dos recursos em lei previstos – apelação, recurso especial, recurso extraordinário –, mesmo que estes devam ser recebidos apenas no efeito devolutivo, impõe-se, para segregação prévia do condenado, a especificação, no *decisum*, simultaneamente com a condenação, do decreto de prisão preventiva, com supedâneo nos pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e num dos possíveis requisitos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, aplicação da lei penal) estatuidos no art. 312 do CPP.

A não ser assim, a ordem de prisão, **tipicamente processual**, apresentar-se-á, indubitavelmente, equivocada, consistindo em **constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado**.⁴³

Logo, admitindo-se que essa prisão tem natureza cautelar, não se questiona sua constitucionalidade. A necessidade é aferida pelo *periculum in mora* tal como nas demais espécies de segregação cautelar.

Dito posicionamento apresenta como conseqüência a atribuição de efeito suspensivo a todos os recursos, legitimando-se a prisão do condenado somente quando presentes os requisitos da custódia preventiva.

Além disso, durante a tramitação do recurso, o réu preso em razão da condenação deve permanecer recolhido em cela da Delegacia de Polícia, sob a jurisdição do juiz da condenação e sem direito aos benefícios próprios da execução da pena.

Como decorrência desse entendimento, na hipótese de condenação de réu com maus antecedentes à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, em regime

aberto, em que estejam presentes os requisitos da prisão cautelar, o apenado, na pendência de recurso da defesa, ficará preso na Delegacia. Mesmo transitada em julgado a decisão para a acusação, inviabilizada, portanto, a *reformatio in pejus*, ele não poderá aguardar o recurso em liberdade.

Pode-se argumentar, ainda, que para a aceitação da natureza cautelar desse tipo de prisão é preciso a concorrência das características próprias das medidas de segregação cautelar: provisoriedade, preventividade, instrumentalidade e acessoriedade. Destarte, para o reconhecimento da cautelaridade da custódia provisória devem restar evidenciadas a **acessoriedade** (em razão do processo ou medida cautelar encontrar-se sempre vinculado ao resultado do processo principal), a **instrumentalidade** da medida (a tutela cautelar pode incidir sem que, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado, assegurando prestação jurisdicional que surge apenas como viável ou provável), a sua **preventividade** (impedir dano irreparável ou de difícil reparação enquanto o processo não chega ao fim) e a **provisoriedade** (a manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo).

Por outro lado, pode-se entender, como Afrânio Silva Jardim, que no caso de não possuir o recurso efeito suspensivo, a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível configura execução provisória da pena. Acerca do tema, observa o referido autor:

É claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heróico. Esse fenômeno sempre existiu em nosso direito, embora no processo penal, muitos não se tenham dele dado conta ou tirado todas as suas conseqüências jurídicas.⁴⁴

Para os adeptos dessa corrente, sempre que a lei não atribui ao recurso efeito suspensivo, a decisão pode ser executada desde logo, obedecendo-se, portanto, a lógica do sistema processual. Lembrem, outrossim, que o recurso

⁴³ Ibid., p. 279-281.

⁴⁴ JARDIM, op. cit., p. 394.

extraordinário nunca comportou efeito suspensivo, pois o Código de Processo Penal de 1941 já previa, em seu art. 637, que uma vez arrazoados os autos de traslado pelo recorrido, os originais baixariam à primeira instância, para a execução da sentença.

Por fim, argumentam que o fenômeno da execução provisória existe, não se tratando de presunção de culpa, mas de uma condenação, uma afirmação de culpa. Há sentença de mérito, e ela é definitiva, ainda que subordinada a uma condição resolutiva (manutenção do título executório).

Julio Fabbrini Mirabete também defende a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade esclarecendo que ela se justifica na hipótese de ter havido o trânsito em julgado para a acusação:

Com fundamento no art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que manda aplicá-la ao preso provisório, passou-se a entender, com razão, que nada impede que se providencie a execução provisória da sentença na pendência de recurso do acusado, quando transitada em julgado a decisão condenatória para a acusação. Realmente, prevê a lei de execução institutos penais como a progressão, remição, livramento condicional, indulto etc., não se podendo excluir deles os condenados que, preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão desses benefícios, em decorrência de terem sido submetidos à prisão provisória, não estão sujeitos à agravação da sentença, diante do princípio da *non reformatio in pejus*. A exigência legal de expedição de guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade é homenagem ao princípio de presunção de não-culpabilidade e não pode ser interpretada em detrimento do acusado. Urge, pois, o disciplinamento legal regular da execução provisória, a fim de que não fique postergada para após o trânsito em julgado definitivo da sentença a concessão dos referidos benefícios. Trata-se de aplicação de dispositivos de caráter penal que não pode ser protelada. (...) Por outro lado, não havendo trânsito em julgado para a defesa, é inadmissível a imposição de sanções ou deveres impostos exclusivamente àquele que foi irrecoavelmente condenado diante do imperativo constitucional de que **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória** (art. 5º, LVII da CF).⁴⁵

Renato Marcão comunga do mesmo pensamento, fazendo as seguintes ponderações:

Não obstante a literalidade da redação que se verifica na primeira parte do parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução, a questão da execução

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

provisória da sentença criminal sempre despertou controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

Prevalece, entretanto, a posição com a qual concordamos, no sentido de que é possível a execução provisória, inclusive com a progressão de regime prisional, quando há recurso exclusivo da defesa, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão para ambas as partes, já que na hipótese a sentença não poderá ser reformada para piorar a situação do réu.

Aliás, já se decidiu que "a Lei de Execução Penal é clara, no sentido de determinar sua aplicação, no que couber, ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único, da LEP). O trânsito em julgado da sentença, tal como referido no art. 105, da LEP, não pode ser interpretado como coisa julgada".⁴⁶

No tocante ao entendimento doutrinário pode-se afirmar, pois, ser majoritária a vertente dos juristas que não admitem no processo penal, sob pena de afronta ao dogma constitucional da presunção de inocência, a execução provisória da sentença.

6 ENFOQUE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

6.1 QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Ao contrário do que ocorre em relação à sanção privativa de liberdade, é **assente** tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça a **questão acerca da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos.**

6.1.1 Posição do Supremo Tribunal Federal

Na Suprema Corte as 1^a e 2^a Turmas, reiteradamente, com fundamento no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal e no art. 147 da Lei de Execução Penal, vem proclamando a ilegalidade da execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

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.⁴⁷

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.⁴⁸

É certo haver decisões tomadas por maioria, pois a exemplo da Ministra Ellen Gracie, outros também entendem ser viável o cumprimento imediato das penas

⁴⁶ MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-7.

⁴⁷ HC nº 88.413, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.05.2006, DJU 09.06.2006, p. 19.

⁴⁸ HC nº 88.741, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 23.05.2006, DJU 04.08.2006, p. 78.

restritivas de direitos, enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário, sob o argumento de que tais recursos não possuem efeito suspensivo.

Contudo, a orientação em sentido contrário vem firmada, como já mencionado, em reiterados precedentes: HC nº 85.289, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.02.2005, DJU 11.03.2005, p. 38, publicado na RT 837/522 e na RTJ 195/241; HC nº 84.677, 1ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.11.2004, DJU 08.04.2005, p. 26, publicado na RTJ 193/694 e na LEXSTF 318/374; HC nº 84.859, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14.12.2004, DJU 13.05.2005, p. 31, publicado na RTJ 195/520 e na LEXSTF 318/487; HC nº 84.741, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.12.2004, DJU 18.02.2005, p. 29, publicado na LEXSTF 317/431.

6.1.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça

Nossa Corte de uniformização das leis infraconstitucionais segue a mesma linha interpretativa do Pretório Excelso:

CRIMINAL. RESP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTOS. RECURSO DESPROVIDO.

I. A execução da pena restritiva de direitos somente pode ser efetivada após o trânsito em julgado da condenação, não se podendo exigir seu cumprimento antes de tal condição. Precedentes do STF e desta Corte.

II. Não obstante o posicionamento anterior do Relator no sentido da possibilidade de execução da sanção restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o entendimento é modificado para acompanhar a jurisprudência que se consolida no STF e neste Superior Tribunal de Justiça.

III. Recurso desprovido. ⁴⁹

PROCESSUAL PENAL – PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

1. Se a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, não é possível a sua execução provisória (inteligência dos artigos 147 da LEP).

⁴⁹ REsp nº 898.281/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.02.2007, DJU 30.04.2007, p. 343.

2. Expedida guia para execução provisória de pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação, ela deve ser imediatamente suspensa, sob pena de indevido constrangimento ilegal ao apenado.
3. Ordem concedida.⁵⁰

Essa orientação, aliás, se encontra pacificada em ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça que detêm competência criminal (5ª e 6ª Turmas), como se pode inferir do seguinte aresto:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA POR ESTE TRIBUNAL. PEDIDO PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, têm entendido que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Ordem parcialmente concedida para obstar a execução das penas restritivas de direitos ao paciente (Execução Provisória nº 011.05.005470-9), até o trânsito em julgado da sentença condenatória.⁵¹

Nesse diapasão, tem-se ainda, os seguintes julgados: HC nº 76.496/BA, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 21.10.2008, DJe 10.11.2008; HC nº 76.355/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.06.2007, DJU 06.08.2007, p. 581; HC nº 60.759/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24.10.2006, DJU 20.11.2006, p. 352; HC nº 32.595/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18.08.2005, DJU 12.09.2005, p. 373.

6.2 QUANTO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como se viu no capítulo 5 deste trabalho, grande parte da doutrina nacional converge no sentido de que a prisão derivada da sentença penal condenatória recorrível possui natureza cautelar, não sendo possível admitir-se sua execução provisória, sob pena de afronta a princípios constitucionais e processuais penais.

⁵⁰ HC nº 89.504/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 18.12.2007, DJ 11.02.2008, p. 1.

⁵¹ HC nº 47.541/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.09.2008, DJe 20.10.2008.

Os Tribunais Superiores, ao revés, têm admitido a execução provisória da sanção privativa de liberdade, mas o debate permanece intenso.

Manifestando sua aprovação à jurisprudência que apregoa ser possível a execução provisória da reprimenda corporal derivada da sentença condenatória recorrível, quando já transitada a decisão para a acusação, Guilherme de Souza Nucci sintetiza o posicionamento das nossas Cortes Superiores:

Embora a sentença condenatória tenha efeito suspensivo, justamente para não ferir o princípio da presunção de inocência, executando-se a pena prematuramente, antes da condenação tornar-se definitiva, **é posição dominante – e correta – da jurisprudência pátria ter o sentenciado direito à execução provisória da pena.** Esta medida é um benefício e uma necessidade, imposta pela excessiva lentidão no trâmite dos recursos, que podem levar anos para ser apreciados, razão pela qual o réu terminaria sua pena no regime fechado, sem qualquer vantagem. Dessa forma, admite-se possa ele pleitear ao juiz das execuções criminais a progressão de regime, embora ainda esteja recorrendo da decisão condenatória. Para esse fim, a sentença abrandaria o seu efeito suspensivo. **Os Tribunais Superiores têm admitido, sistematicamente, havendo apenas uma controvérsia: alguns julgados exigem o trânsito em julgado da decisão condenatória para o Ministério Público (ou pelo menos que este não tenha interposto recurso contra a pena, pleiteando o seu aumento), o que consideramos correto; outros, no entanto, permitem a execução provisória de qualquer modo, ainda que o Ministério Público tenha recorrido contra a pena. Tem sido majoritária a posição de somente permitir a execução provisória quando o Estado-acusação conforma-se com a pena.** (...) Cumpre, ainda, ressaltar a edição das Súmulas 716 e 717 do STF, cuidando do tema: 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”; 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”.⁵²

Há que se destacar, pois, duas situações distintas: a) execução provisória fundada em sentença penal condenatória não transitada em julgado em favor do réu; b) execução provisória decorrente da não concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

No primeiro caso, a possibilidade da antecipação do cumprimento da sentença está condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, pois nessa hipótese já existe um teto para a sanção aplicada, que não poderá ser agravada apenas com recurso da defesa. Nesses moldes, tem-se

⁵² Ibid., p. 962-963.

admitido a execução penal provisória, em especial quando o condenado pretende se valer da progressão de regime.

Tal entendimento se consolidou nas Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, ambas aprovadas na Sessão Plenária de 24 de setembro de 2003:

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.

Há inúmeras decisões que contemplam, inclusive, a possibilidade de concessão dos benefícios da execução mesmo quando pendente apenas recurso do Ministério Público.

Sob esse prisma, argumenta-se inexistir inconstitucionalidade: não haveria ofensa à presunção de inocência, vez que esse princípio não pode ser invocado em prejuízo do indivíduo, o que ocorreria caso não fosse admitida a execução provisória, inviabilizando-se, por conseqüência, o exame de qualquer benefício por ele pleiteado.

Admite-se, ainda, a execução provisória ao fundamento de que os apelos raros (recursos especial e extraordinário) possuem somente efeito devolutivo; os Ministros afiliados à vertente garantista e constitucionalista, entretanto, sustentam que partir para a execução imediata da pena privativa de liberdade, sem estar a prisão fundada em fatos concretos justificadores da medida extremada da prisão cautelar, significa tornar letra morta o princípio da não-culpabilidade.

6.2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal

Após o julgamento do HC nº 69.964 (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 18.12.1992), pelo Tribunal Pleno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de não ser a pendência de Recurso Especial ou Extraordinário fator de impedimento da execução provisória da sentença condenatória, uma vez que tal medida não ofenderia o princípio da presunção de

não-culpabilidade (v.g. RHC nº 85.024, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 10.12.2004; RHC nº 81.786, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 26.04.2002; HC nº 82.490, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.11.2002).

Todavia, por ocasião do julgamento do HC nº 84.078, que trata da matéria, a Primeira Turma deliberou pela sua remessa ao Plenário, mas a decisão ainda não foi proferida.

Dáí alguns Ministros passaram a examinar, caso a caso, a eventual existência de constrangimento ilegal, consignando em seus votos que aguardam a manifestação do Tribunal Pleno sobre o tema (v.g. HC nº 89.952/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 29.06.2007).

De outro lado, ganhou força o entendimento de que a prisão, antes do trânsito em julgado, só seria cabível quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a prisão decorrente de condenação recorrível, seja na primeira ou na segunda instância, só se justifica quando existe motivo concreto a revelar sua absoluta necessidade. De acordo com essa **visão constitucionalista, o encarceramento fundamentado exclusivamente na lei que não confere efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário configura patente violação do princípio da presunção de inocência.**

É isso que o Ministro Marco Aurélio tem veementemente defendido na Primeira Turma, com o brilhantismo argumentativo que lhe é próprio:

Nem mesmo no campo do processo civil chega-se, em execução provisória, a estágio irreversível, esbarrando a medida nos atos que visem à garantia do júízo via penhora e avaliação. O que se dirá quando em questão o segundo bem maior do homem, que é a liberdade, impossível de ser restituída, uma vez reformado o provimento judicial condenatório. **Partir-se, de imediato, para a execução da pena equivale a tornar letra morta os princípios da inocência e da não-culpabilidade, abrindo-se margem, inclusive, a que, reformando-se a sentença condenatória, tenha-se a responsabilidade do Estado, considerado o disposto no inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal:**

“O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Sim, prevendo a Constituição, como garantia individual, o princípio da não-culpabilidade, todo e qualquer ato contrário a ele, por consubstanciar erro judiciário, pode desaguar na obrigação do Estado de indenizar. Isso ocorre em face da impossibilidade lógica de retroagir-se no tempo, voltando-se ao *statu quo ante*, com devolução da liberdade ao paciente. **A um só tempo,**

não se pode cogitar do princípio da não-culpabilidade e da execução de sentença passível, ainda, de vir, na via recursal, a ser reformada.⁵³

Restou, contudo, vencido, tendo o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito consignado no voto-condutor:

(...) esta é uma questão que me parece tormentosa aqui no Tribunal. Há duas correntes que se alinham (...)

Há precedentes que indicam que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo, são excepcionais. A outra corrente entende que não, que nesses casos se admite até mesmo a prisão preventiva, mas não se admite o início da execução da pena.

Vou pedir vênia a Vossa Excelência e me filiar – já no STJ tinha adiantado em outra oportunidade essa orientação – para manter o acórdão do Superior Tribunal de Justiça nessa matéria, no sentido da primeira corrente. Entendo que, não tendo os recursos especial e extraordinário efeito suspensivo do julgado, não há razão, pelo menos, de alegar-se o ferimento do princípio da inocência com o início da execução da pena (...).⁵⁴

Nesse mesmo julgamento, embora tenha divergido do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Carlos Britto fez a seguinte ressalva:

(...) confesso que não tenho opinião definitiva sobre o assunto, mas não posso deixar de reconhecer que a tese esgrimida pelo Ministro Carlos Alberto Direito tem um “plus” de convencimento. É uma tese que prestigia as instâncias ordinárias, que são constitutivas do lúdimo juízo natural. Aí, minha inclinação é para prestigiar essa tese, embora não esteja pacificado de todo, comigo mesmo, nesse sentido.

Confesso que tenho decidido caso a caso, atento às peculiaridades, às circunstâncias do processo.⁵⁵

Noutro aresto (HC nº 91.675/PR), a Ministra Cármen Lúcia sustentou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo”⁵⁶, citando os seguintes precedentes a respaldar sua assertiva: HC nº 85.616, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 17.11.2006; HC nº 85.886, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.10.2005 e RHC nº 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 05.11.2004.

⁵³ HC nº 90.645/PE, 1ª Turma, Relator p/ o acórdão Min. Menezes Direito, j. 11.09.2007, DJe 14.11.2007.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

O Ministro Marco Aurélio, mais uma vez vencido, advertiu:

Peço vênia à relatora para reiterar pronunciamentos desta Corte.

Antes do trânsito em julgado da decisão – e acabamos de nos pronunciar assim –, não há como partir para a execução da pena.

As franquias constitucionais são acionadas geralmente em benefício daqueles que tenham claudicado. O cidadão comum não precisa dessas franquias, o cidadão comum que atua na vida gregária, considerado o padrão próprio ao homem médio.

A bandeira é horrorosa, admito: o padrao acusado de atentado violento ao pudor contra vítima de sete anos. É horrorosa a bandeira. Mas o que aconteceu na espécie? Ele respondeu ao processo em liberdade, e o Juízo cogitou do recurso, presente essa situação jurídica. **O Tribunal, ante o recurso da defesa, confirmou o decreto condenatório, mas este, até aqui, não se fez precluso na via da recorribilidade.**

Qual o contorno da prisão, a esta altura, após ele haver respondido ao processo em liberdade? Qual a natureza dessa prisão? Qual a origem dessa prisão? A execução da pena imposta.

Dir-se-á: os recursos especial e extraordinário não possuem eficácia suspensiva. Realmente, não possuem eficácia suspensiva. Mas o que ocorre no campo patrimonial, em que é possível o retorno do estado anterior, inclusive? A execução dita provisória – e não existe execução provisória no campo penal – vai até a garantia do juízo e pode ultrapassar essa fase, chegando aos atos expropriatórios, mas desde que o credor, aquele que tem o título a favorecê-lo, preste caução.

Aqui não. **No campo penal, se, por isso ou aquilo** – e não podemos julgar nem o especial nem o extraordinário na via do *habeas corpus* –, **vier a ser reformado o decreto condenatório, quem devolverá a esse paciente que respondeu solto ao processo** – esse dado, para mim, é importante – a liberdade de ir e vir?

A que título, indago, está sendo executada a decisão condenatória? A título provisório? E como fica o princípio da não-culpabilidade?

Esta Turma tem, ainda neste ano – e conheço os pronunciamentos mencionados pela relatora –, precedentes formalizados com os votos de alguns Colegas (...) no sentido de entender que a **simples circunstância de os recursos cabíveis, em tese, não possuírem eficácia suspensiva não leva à execução da pena, porque essa execução pressupõe, segundo o texto constitucional, a culpa formada, que só passa a existir quando irrecorrível o título judicial.**⁵⁷

De fato, a prisão em casos tais, ou seja, quando não há trânsito em julgado, é “precária e efêmera, como são as resultantes do flagrante, a provisória e a preventiva *stricto sensu*. A culpa do Paciente ainda não foi selada, aspecto a obstaculizar a execução, em si”.⁵⁸

⁵⁶ HC nº 91.675/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.09.2007, DJe 07.12.2007.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ HC nº 78.928/SP, Decisão monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.02.1999, DJU 22.02.1999, p. 02.

Na **Segunda Turma** o entendimento predominante – do qual divergem a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa – é o de não admitir-se a execução provisória da sentença penal condenatória recorrível.

Nessa linha proclamou, à unanimidade, a referida Turma:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". **A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".** 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a **prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a **execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁵⁹

Do voto do Relator, Ministro Eros Grau, colhem-se fundamentos irrefutáveis que bem evidenciam o acerto da corrente contrária à execução provisória:

"(...) 9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz

⁵⁹ HC nº 91.232, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2007, DJe 07.12.2007.

do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado.

(...)

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. (...)

12. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (...)

13. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

(...)

15. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o 'enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou conseqüência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória'.

16. Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial 'serão recebidos no efeito devolutivo'. A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a 'lei dos crimes hediondos', alterada em 1.994 e em 1.998. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contempção, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como 'estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem'.

(...)

20. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo,

reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

Cumpra lembrar, ademais, que **esta Corte vem concedendo liminares para suspender execuções antecipadas de penas.** Há, ainda, nesse sentido, acórdão recente (27/3/2007) da 2ª Turma proferido no RHC n. 89.550, de que sou Relator, DJ de 27/4/2007.

(...)

Observo, finalmente, que no julgamento da AO 1.046 (Apelação Criminal), 24/3/2007, o Pleno acolheu, por unanimidade, o dispositivo do voto do Relator, Min. Joaquim Barbosa, que **condicionou a execução da pena do apelante ao trânsito em julgado da sentença condenatória.** Essa decisão é expressiva de que o Supremo Tribunal Federal tende a modificar sua jurisprudência, dando concreção ao princípio da presunção de inocência.⁶⁰

No julgamento do HC nº 85.417/RS, o mesmo Ministro Eros Grau, que foi relator para o acórdão (vencida a Relatora Ministra Ellen Gracie) efetuou, ainda, interessante análise da decisão prolatada pelo Tribunal Pleno no Recurso Extraordinário nº 482.006/MG tecendo as seguintes considerações:

Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição. E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente, de 7 de novembro de 2007. Desejo aludir ao RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (...). Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988. **Afirmção unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção.** Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a

⁶⁰ Idem.

Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.⁶¹

Também nessa direção, por maioria (vencido o Ministro Joaquim Barbosa), a 2ª Turma julgou o HC nº 89.754/BA, de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim sumariado:

HABEAS CORPUS – CONDENÇÃO PENAL RECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) – RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) – ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DA CONDENADA, POR REPUTAR LEGÍTIMA "A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO JULGADO" E, TAMBÉM, PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELA SENTENCIADA (RE E RESP) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO – DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR – POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – PEDIDO DEFERIDO. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao *status libertatis* do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas", admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração – apoiada em

⁶¹ HC nº 85.417/RS, 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 02.09.2008, DJe 14.11.2008.

decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do *status libertatis* do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual. PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL. – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. – A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Doutrina. Precedentes.⁶²

Pela pertinência da fundamentação vale conferir trecho do voto do Ministro

Relator:

Mesmo na hipótese de prisão cautelar motivada por condenação meramente recorrível, ainda assim se impõe, para efeito de legitimação desse ato excepcional (RTJ 148/752-753), a observância de certos requisitos, sem os quais tornar-se-á destituída de validade jurídica a ordem de privação cautelar da liberdade individual do sentenciado, consoante adverte o magistério da doutrina (ROBERTO DELMANTO JÚNIOR, “As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração”, p. 202/234, itens ns. 6 e 7, 2ª ed. 2001, Renovar; LUIZ FLÁVIO GOMES, “Direito de Apelar em Liberdade”, p. 104, item n. 3, 2ª ed., 1996; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN/JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 163/164, item n. 7.1.5, 3ª ed., 2005, Forense; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “A Tutela Cautelar no Processo Penal”, p. 286/301, item n. 4.4.3.1.5, 2005, Lumen Juris; ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Prisão Cautelar”, 2006, Lumen Júris, v.g.), cujas lições, no tema, têm merecido o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema.

Com efeito, proferida sentença penal condenatória, nada impede que o Poder Judiciário, a despeito do caráter recorrível desse ato sentencial, decrete, excepcionalmente, a prisão cautelar do réu condenado, desde que existam, no entanto, quanto a ela, reais motivos evidenciadores da necessidade de adoção dessa extraordinária medida constritiva de ordem pessoal. (...)

O exame do acórdão ora questionado – que admitiu a possibilidade de decretação da prisão da paciente, pelo só fato de o recurso cabível contra a sentença condenatória não possuir efeito suspensivo – revela que essa decisão não se ajusta ao magistério jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte, pois – insista-se – a denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP (RTJ 195/603, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 84.434/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 86.164/RO, Rel. Min.

⁶² HC nº 89.754/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.02.2007, DJe 27.04.2007.

CARLOS BRITTO, v.g.), a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade (RTJ 193/936).

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.

É importante ressaltar, neste ponto, que a ora paciente permaneceu em liberdade ao longo do processo penal em que proferida a condenação contra a qual se insurge, agora, em sede de recurso excepcional, decorrendo, a ordem de prisão – contestada na presente impetração –, da circunstância de o recurso especial e o recurso extraordinário possuírem efeito meramente devolutivo (fls. 65/66).

Em situações como a que ora se registra nesta causa, o Supremo Tribunal Federal tem garantido, ao condenado, ainda que em sede cautelar, o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos interpostos, mesmo que destituídos de eficácia suspensiva (HC 85.710/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 88.276/RS Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 88.460/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.), valendo referir, por relevante, que ambas as Turmas desta Suprema Corte (HC 85.877/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, e HC 86.328/RS, Rel. Min. EROS GRAU) já asseguraram, até mesmo de ofício, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade.⁶³

A 2ª Turma, à unanimidade, decidiu ainda o HC nº 84.029/SP, cuja ementa tem o seguinte teor:

Habeas corpus. 1. No caso concreto, o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, pela prática dos crimes descritos nos arts. 4º, caput, 5º, caput, 6º, 7º, IV, 9º e 10 da Lei nº 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional); c/c arts. 61, II, "a", 2ª figura, "b", e "g", 2ª figura (agravantes por ter o agente cometido o crime: por motivo torpe; para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; e com violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material), 71 (crime continuado) e 288 (quadrilha ou bando), do Código Penal. O Juízo de origem, ao prolatar a sentença condenatória, facultou ao réu a possibilidade de recorrer em liberdade. 2. **Inicialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial e/ou recurso extraordinário não impede, em princípio, a prisão do condenado.** Precedentes citados: HC nº 77.128/SP, Segunda Turma, por maioria, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 17.11.2000; HC nº 81.685/SP, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.5.2002; e HC nº 80.939/MG, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13.9.2002. 3. Desde o início do julgamento da RCL nº 2.391/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, o Plenário deste Tribunal tem discutido amplamente a possibilidade de reconhecimento do direito de recorrer em liberdade. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto (DJ 12.2.2007), o entendimento que estava a se firmar,

⁶³ Idem.

inclusive com o meu voto, pressupunha que eventual custódia cautelar, após a sentença condenatória e sem trânsito em julgado, somente poderia ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Na espécie, um fator decisivo é o de que apenas a defesa apelou da sentença de 1º grau. O TRF da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do acusado para 8 (oito) anos de reclusão em regime inicial semi-aberto. 5. Com o julgamento da apelação, foi expedido mandado de prisão contra o paciente. Entretanto, a Segunda Turma do TRF da 3ª Região não especificou quaisquer elementos suficientes para autorizar a constrição provisória da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP. Ademais, o paciente permaneceu em liberdade durante toda a instrução criminal, assim como até o julgamento da apelação. 6. Considerado o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Precedentes citados: HC nº 85.856/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 10.3.2006; RHC nº 86.822/MS, de minha relatoria, julgado em 6.2.2007, acórdão pendente de publicação e RHC nº 89.550/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 27.4.2007. 7. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal.⁶⁴

Por oportuno, reproduz-se excerto do voto-condutor da lavra do Ministro

Gilmar Mendes:

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade qualquer antecipação de cumprimento da pena. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele ou àquela que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia de dignidade da pessoa humana.

Caso se entenda, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convolva em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante idéia com a execução penal antecipada.

(...) o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, tal como disposto no art. 9º, da Lei nº 9.034, de 1995, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como previsto para as ações praticadas por organizações

⁶⁴ HC nº 84.029/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.06.2007, DJe 05.09.2007.

criminosas, **afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional.**

Assim, estou também em que o recolhimento à prisão quando ainda cabe recurso da sentença ou acórdão condenatório há que ser embasado em decisão judicial devidamente fundamentada em quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

(...)

Na espécie, considerado o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado.⁶⁵

Conclui-se, destarte, predominar no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prisão após a sentença condenatória recorrível a título de execução provisória configura uma antecipação da pena não autorizada pela Carta Magna, só podendo ocorrer quando presentes os motivos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, ensejadores da custódia cautelar.

6.2.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já proclamou, em mais de um aresto, a exemplo do que fora decidido, à unanimidade, no HC nº 50.266/SP, que entende ser inconstitucional a execução da sentença penal condenatória recorrível.

De fato, no referido julgado o Ministro Paulo Medina, defendendo a idéia da inconstitucionalidade da execução penal provisória, assevera que o art. 637 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal e que o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 estabelece **regras gerais** sobre os recursos Especial e Extraordinário, não abarcando “esses recursos quando encerrarem matéria penal cujo conteúdo tenda a afastar ou modificar o regime de cumprimento da pena imposta”.

Do voto do Relator se extrai alguns trechos dos substanciosos fundamentos por ele expendidos:

(...) a análise do pedido está limitada à possibilidade de aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em liberdade, em virtude da proclamada ausência de efeito suspensivo.

⁶⁵ Ibid.

Já manifestei perante esta Turma, por algumas vezes, entendimento acerca da execução provisória de acórdão condenatório, de modo que é conhecida minha posição sobre a inaplicabilidade, no âmbito penal, da regra contida no § 2º, do artigo 27, da Lei 8.038/90.

Salvo por medida de cautela, não há razão para impedir que o condenado aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, sobretudo se respondeu em liberdade a todo o processo e considerando-se, também, o fato de inexistir recurso ministerial contra a decisão judicial definitiva.

(...)

A interpretação literal do artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, tem levado à errônea conclusão de que os recursos extraordinário e especial, pouco importando a origem e a natureza da matéria que encerram, têm efeito meramente devolutivo.

O nihilismo dessa interpretação leva a uma conclusão reducionista. Desprezam-se as especificidades da condenação criminal e sujeita-se todo um sistema de garantias e regras legais da execução penal à fórmula simplificadora da “ausência de efeito suspensivo”.

É essa interpretação que justifica o uso indiscriminado e automático da prisão.

Se é verdade que a prisão antes do trânsito em julgado não ofende o princípio da presunção da inocência – e realmente não o contraria, desde que não se trate de prisão como pena –, não é menos verdadeira a afirmação de que as conseqüências da condenação ocorrem depois que esta se torna definitiva.

Antes de passar em julgado a sentença condenatória, é verdade, a prisão pode encontrar justificativa na necessidade de resguardar a ordem pública ou a eficácia da lei penal.

Nessa hipótese, é preciso tornar claro, **não se trata de cumprimento antecipado de pena privativa de liberdade, mas de prisão processual, pois que anterior ao trânsito em julgado da condenação. Destarte, a prisão antes da condenação definitiva é sempre possível, mas não a título de execução antecipada, como efeito automático da condenação. Execução antecipada de sentença ou acórdão condenatório é idéia que não se coaduna com as especificidades do processo penal.**

(...)

A interpretação gramatical e extensiva que se vem fazendo do disposto no § 2º, do artigo 27, de certa forma até compreensível ante a necessidade de prender cautelarmente, é agora indevidamente ampliada para justificar a execução provisória das penas substitutivas, como também a “imediate e incontinenti” aplicação dos efeitos extra-penais da condenação. Não comungo desse entendimento.

A urgência em se fazer cumprir a lei, em aplicar-se a punição com todos os efeitos dela decorrentes não se pode dar com o sacrifício da própria lei.

Ao meu ver, essa posição é um retrocesso face às conquistas do Direito Penal no contexto do Estado Democrático, porque, sem dúvida, representa uma relativização das garantias penais, um afrouxamento dos princípios de legalidade e limitação ao poder punitivo.

(...)

Agora a exceção está se tornando regra, apesar do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. E a regra é extraída da literalidade do art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90.

Um dispositivo genérico como este, na visão de muitos, com duas palavras, simplesmente revoga todo o sistema anterior, complexo e harmônico, erigido sobre bases completamente diversas, como ficou demonstrado.

As particularidades da condenação criminal são deixadas de lado, em nome de uma regra supostamente aplicável a toda e qualquer sentença passível de recurso na via especial ou extraordinária.

Repito, a inexistência de eficácia suspensiva para os recursos em questão não pode ser interpretada no sentido da impossibilidade de deferir-se ao condenado o direito à liberdade para recorrer.

(...)

Intentar extrair desse dispositivo, que rege amplamente os recursos em matéria civil, tributária, eleitoral, comercial e outras, além da matéria penal, a regra inequívoca de que a prisão é efeito automático do acórdão condenatório é dizer mais, é ir muito mais além do que pretendeu a própria lei por intermédio de uma simples norma geral.

Ao contrário, a interpretação sistemática do ordenamento penal brasileiro, desde o nível constitucional, desautoriza completamente esse entendimento – se a lei não exige a prisão para o ingresso da própria Revisão Criminal, quando a condenação já se tornou definitiva, como pretender que a prisão seja condição obrigatória para o conhecimento do recurso, se nem mesmo se pode falar no trânsito em julgado da condenação?!

(...)

Quando não se coteja a lei com as prescrições constitucionais, sucumbe-se à armadilha da hermenêutica literal, determinado, de forma equivocada, a vontade do preceito legal, o que leva ao total divórcio entre a infraconstitucionalidade e a Lei Maior.

(...)

Com a aplicação da sanção anteriormente à alteração do status do réu de inocente para culpado, estar-se afrontando o princípio da presunção de inocência, pois privaria sua liberdade mesmo que não passada em julgado a decisão condenatória, ou seja, sendo inocente não há pena alguma a cumprir, existindo apenas, pode-se dizer, expectativa de concretização de pena.

Por outro lado, o princípio do devido processo legal não existe isoladamente. A bem da verdade não é um princípio, mas um conjunto principiológico que abarca o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a isonomia etc., que deve ser estritamente observado pelo Judiciário quando em jogo direitos fundamentais.

Ora, se ainda não exaurida a prestação jurisdicional – o que ora se dá, exclusivamente, quando esgotado o contraditório –, evidentemente que a aplicação provisória da pena afronta o devido processo legal.

A conclusão assenta-se nas premissas orientadas pelo Princípio da Máxima Efetividade e Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, cânones de hermenêutica constitucional.

(...)

Admitir a execução da pena apenas como efeito de decisão condenatória recorrível ofende o princípio do favor *libertatis* e atenta contra a dignidade da pessoa humana – pilar sobre o qual assenta a República Federativa do Brasil – ao desconsiderar os princípios constitucionais que a concretizam.

(...)

Insta salientar que vários outros dispositivos legais exigem o trânsito em julgado do decreto condenatório para se executar a pena (arts. 105, 106, 107, 147, LEP). Evidentemente que, para isso, sejam as sanções originais ou substitutivas, deve-se observar e respeitar a Lei 7.210/84, a denominada Lei de Execução Penal.

(...)

Confrontando-se o dispositivo em comento com os princípios constitucionais da presunção de inocência e devido processo legal, conclui-se que possuirá sempre efeito suspensivo o recurso criminal quando ainda não seja definitiva a reprimenda imposta; todos os outros recursos que versarem sobre matérias que não estas, estarão desprovidos de tal efeito.

Essa exegese tem como escopo adequar o texto da Lei nº 8.038/90 (art. 27, § 2º) ao ideário constitucional, de forma a co-existirem harmoniosamente, sem a necessidade de invalidá-lo e sem correr os

riscos de afirmar – através de interpretação literal – sua determinação em detrimento da Lei Maior ou contrariar o verdadeiro sentido da lei (...).⁶⁶

A 5ª Turma, por sua vez, em sentido diametralmente oposto, não vislumbra ilegalidade na prisão decorrente da condenação do réu nas instâncias ordinárias, conforme se infere do HC nº 78.567/SP, adiante sumariado:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMPATÍVEL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO. CRIME HEDIONDO. RÉU CONDENADO AO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte, em inúmeros precedentes, consagrou a orientação de que não há ilegalidade na decisão de Tribunal que, confirmando a condenação, determina a imediata prisão do réu, iniciando, de logo, a execução da pena, ainda que tenha sido concedido ao condenado, pelo Juízo de primeiro grau, o direito de recorrer em liberdade.

2. O princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, apenas impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado o decreto condenatório, mas não é obstáculo à prisão imediata do condenado após o esgotamento das instâncias ordinárias, consoante preconiza o art. 637 do CPP.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida, mas apenas para que o Juiz da Vara de Execuções Penais aprecie o requerimento de progressão de regime do paciente, decidindo-o como entender de direito, atentando para a satisfação dos demais requisitos legais, notadamente as condições subjetivas para a fruição do benefício.⁶⁷

Com a devida vênia, não há razoabilidade alguma em se sustentar que a presunção constitucional de não-culpabilidade veda a inclusão do nome do réu no rol dos culpados (o menos), antes de condenado definitivamente, mas não obsta a execução provisória da pena (o mais).

A mesma 5ª Turma, ao analisar caso em que a Corte paulista determinou, em apelação exclusiva da defesa, expedição de mandado de prisão do acusado, entendeu não resultar, dessa decisão, *reformatio in pejus* na medida em que “a

⁶⁶ HC nº 50.266/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 06.04.2006, DJU 30.10.2006, p. 419. Acórdãos sucessivos: HC nº 66.598/BA, j. 10.04.2007, DJU 23.04.2007, p. 316 e HC nº 66.597/BA, j. 10.04.2007, DJU 23.04.2007, p. 315.

⁶⁷ HC nº 78.567/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.08.2007, DJU 27.08.2007, p. 284.

execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação". Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE CONCUSSÃO. CONCESSÃO, NA SENTENÇA, DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELAÇÃO JULGADA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO JULGADO. ART. 675 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL APLICÁVEL SOMENTE AOS RECURSOS COM EFEITO SUSPENSIVO.

1. O direito de recorrer em liberdade, com fundamento no art. 594 do Código de Processo Penal, deve ser entendido tão somente como o direito de apelar em liberdade.

2. Para que o réu possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos extraordinários, que não possuem efeito suspensivo, a sentença condenatória deve, expressamente, conceder a ele o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, o que não ocorreu no caso.

3. Não obstante a apelação ter sido exclusiva da defesa, a expedição de mandado de prisão após o exaurimento das instâncias ordinárias não configura *reformatio in pejus*, uma vez que a **execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação**.

4. **A previsão de expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 675 do Código de Processo Penal, não alcança os recursos sem efeito suspensivo.**

5. *Habeas corpus* denegado.⁶⁸

Quanto à possibilidade de concessão de progressão de regime, remição de pena, livramento condicional, comutação de pena, dentre outros benefícios próprios da execução penal, o Superior Tribunal de Justiça, ajustando-se à orientação jurisprudencial do Pretório Excelso (Súmulas 716 e 717) e fazendo alusão ao **valor absoluto do *jus libertatis* do agente do crime, firmou entendimento de que – mesmo em se tratando de custódia decorrente de sentença não transitada em julgado e ainda que pendente recurso da acusação –, deve o réu ser conduzido, desde logo, ao regime prisional fixado no decreto condenatório e, preenchendo os requisitos exigidos, gozar dos tais benefícios.**

Nesse sentido proclamou, à unanimidade, a sua 6ª Turma:

PROCESSUAL PENAL – EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – CORRUPÇÃO DE MENORES – CONDENAÇÃO EM 1ª INSTÂNCIA – REGIME INICIAL SEMI-ABERTO – APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO BUSCANDO MAJORAR OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – POSSIBILIDADE

⁶⁸ HC nº 96.054/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.03.2008, DJe 22.04.2008. Sucessivos: HC nº 96.056/SP, j. 08.04.2008, DJe 05.05.2008 e HC nº 95.963/SP, j. 08.04.2008, DJe 05.05.2008.

– SÚM. 716/STF – PRECEDENTES DO STJ – RESOLUÇÃO 19/2006 DO CNJ – ORDEM CONCEDIDA.

1. "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" (Súm. 716/STF).
2. Consoante recentes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, **a pendência do julgamento da apelação da acusação não impede o início da execução provisória da reprimenda imposta ao acusado na sentença, entendimento que foi reforçado com a edição da Resolução 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça.**
3. Encontrando-se o réu acautelado, eventual recurso contra a sentença absolutória não impede sua imediata soltura, conforme dispõe o artigo 596 do Código de Processo Penal, razão pela qual, consoante idêntico raciocínio, o recurso interposto contra as disposições mais benéficas da sentença também não pode ter o condão de impedir sua imediata execução.
4. Ordem concedida.⁶⁹

De igual forma, a 5ª Turma apresenta múltiplos precedentes nessa linha, não se pronunciando de modo diverso a 3ª Seção, podendo-se exemplificar por meio dos seguintes arestos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ROUBO MAJORADO. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I - **A pendência de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público não obsta a formação do Processo de Execução Criminal provisória. (Precedentes).**

II - "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 716 do c. Pretório Excelso).

Ordem concedida.⁷⁰

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA A DEFESA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, VISANDO AUMENTAR A PENA, PENDENTE DE JULGAMENTO. APELAR EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. PENA ESTIPULADA NA SENTENÇA APELADA QUASE CUMPRIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A condenação transitou em julgado para a Defesa, portanto, como bem ponderou o acórdão recorrido, não se concebe a possibilidade de o condenado aguardar em liberdade o julgamento de recurso de apelação do Ministério Público, com a finalidade de agravar sua pena.

2. **A pendência de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, entretanto, não obsta a progressão de regime prisional. Enunciado da Súmula n.º 716 do Supremo Tribunal Federal.**

⁶⁹ HC nº 100.234/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 08.04.2008, DJe 04.08.2008.

⁷⁰ HC nº 93.795/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26.02.2008, DJe 07.04.2008.

3. O Recorrente já cumpriu, em regime fechado, mais de 1/4 da reprimenda que ser-lhe-ia imposta com o provimento do recurso ministerial, e quase a totalidade de pena fixada pela sentença condenatória, objeto de recurso de apelação do Ministério Público.

4. **Não pode o condenado cumprir sua pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado, em virtude da pendência de julgamento de recurso acusatório.**

5. Recurso provido para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do Recorrente, se por outro motivo não estiver preso, para que aguarde em liberdade a decisão colegiada a ser tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do recurso de apelação.⁷¹

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONDENAÇÃO NO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE TAQUARITINGA/SP. CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO EM TEÓFILO OTONI/MG. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. **POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ENUNCIADO 716 DO STF. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS E DE EXECUÇÕES FISCAIS DE TEÓFILO OTONI/MG.**

1. Sendo o mandado de prisão cautelar cumprido em unidade da federação diversa daquela em que o réu responde a processo, competente para a execução provisória da pena é o juízo das execuções do local onde encontra-se recluso.

2. **Estando o réu preso provisoriamente, é possível a concessão de benefícios antes do trânsito em julgado da condenação. Entendimento do enunciado 716 da súmula do Supremo Tribunal Federal.**

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Execuções Criminais e de Execuções Fiscais de Teófilo Otoni/MG.⁷²

Tal entendimento encontra-se, ainda, no teor das seguintes decisões proferidas do Superior Tribunal de Justiça: HC nº 73.416/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 04.10.2007, DJU 22.10.2007, p. 324; HC nº 71.739/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24.04.2007, DJ 04.06.2007, p. 407.

⁷¹ RHC nº 24.347/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23.09.2008, DJe 13.10.2008.

⁷² CC nº 95.404/MG, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.08.2008, DJe 08.09.2008.

7 CONCLUSÃO

A Constituição Federal no seu art. 5º, inc. LV estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e o inc. LVII prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Quanto à disciplina infraconstitucional da execução de sentença penal, nossa legislação contém dispositivos que se chocam entre si, muitos afrontando os referidos preceitos constitucionais.

A impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e de parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores do País, onde, por conta da prevalência de princípios como o da presunção de não-culpabilidade, ainda muito se discute sobre o tema.

Certo não ter a edição das Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal encerrado o assunto, por ora, somente a questão relativa à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos apresenta-se, em ambas as Cortes Superiores, incontroversa.

No tocante à pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal vem defendendo, ressalvadas as posições de alguns de seus Membros, posicionamento no sentido de ser inconstitucional a execução provisória da pena, assim entendida aquela que se inicia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Daí ser inaceitável que a prisão ocorra como mero efeito da condenação (tanto que o retrógrado art. 594 do Código de Processo Penal fora finalmente revogado pela recente reforma processual penal) e a pretexto de não possuírem, os recursos especial e extraordinário, eficácia suspensiva.

A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se, outrossim, no sentido de reconhecer que a prisão resultante de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção (art. 312, CPP).

Destarte, o disposto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal impede a execução provisória da sentença penal condenatória, seja qual for a pena aplicada, pois constitui enunciado normativo de garantia contra possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Resta concluir, pois, que, se a primazia do processo penal em 1941 (sob plena influência fascista) era do interesse social, consubstanciado na repressão da delinquência, depois da Carta Política de 1988, urge a proclamação do interesse oposto, ou seja, o da liberdade individual, que tem como um dos vetores principais a presunção de inocência. A aparente neutralidade do texto contido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal não consegue esconder, muito menos impedir, o manancial limitador e garantista que emerge do princípio citado. Uma Constituição que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitado o devido processo legal (*due process of law*), pode haver privação ou restrição dessa liberdade.

REFERÊNCIAS

- BENETI, S. A. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRUNO, A. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- DOTTI, R. A. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERNANDES, A. S. **Execução penal: aspectos jurídicos**. Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 7, p. 68-83, janeiro-abril, 1999.
- FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, L. F. **Execução provisória da pena (contra o réu) e o PPIB: retrocesso jurisprudencial no STF**. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br>, acesso em 6 de maio de 2008.
- _____. **Direito de apelar em liberdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____; CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Comentários às reformas do Código de processo penal e da Lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Recursos no processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JARDIM, A. S. **Direito processual penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, A. B. de. **Nova reforma do Código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. rev e atualizada. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, L. R. **Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, J. C. dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SUANNES, A. **Podemos falar em execução penal antecipada?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 7, p. 167-173, julho-setembro, 1994.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Código de processo penal comentado**. v. 1. 11. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípio e regras da execução de sentença penal**. Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 7, p. 56-67, janeiro-abril, 1999.