

Crítica à execução antecipada ou provisória da pena

Criticism to anticipated or provisional execution of the sentence

Diogo Rosa Souza^{*}

Alexandre Delayti Motta de Souza^{**}

RESUMO: O presente artigo visa a fomentar a discussão, sem esgotá-la, analisando as consequências da execução antecipada ou provisória da pena. Tendo-se em vista que quando se discute sobre a questão de que não se podem violar direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal/88, pois o Estado tem o dever de assegurar que não se ultrapassem ou restrinjam os direitos e as garantias que, ao não serem observadas, parece que estamos tratando de uma questão de legitimidade do Estado. Assim, o presente estudo baseou-se na teoria geral das medidas cautelares, objetivando demonstrar os prejuízos que podem ser causados à sociedade e, principalmente, ao processo penal, apresentando os problemas que possam decorrer de tais institutos quando equivocadamente aplicados.

PALAVRAS-CHAVE: Pena; Processo Penal; Execução Penal; Medidas Cautelares.

ABSTRACT: This article aims to encourage discussion, without exhausting it, analyzing the consequences of anticipated or provisional execution of the sentence. Bearing in mind that when we discuss the question of that we cannot violate rights and guarantees provided by the Federal Constitution/88 because the state has a duty to ensure that not exceed or restrict the rights and guarantees that, by not being observed seems that we are dealing with an issue of legitimacy of the State. Thus, the present study was based on the general theory of precautionary measures, aiming to demonstrate the damage that can be caused to society and mainly to the criminal process presenting problems that may result from such institutions when mistakenly applied.

KEYWORDS: Sentence; Criminal procedure; the Criminal Sentencing; precautionary measures.

^{*} Advogado Criminalista. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Uniritter.
^{**} Bel. em Direito pela PUCRS.

Introdução

A Execução da Pena é matéria de crucial importância nas Ciências Criminais, embora se discuta muito acerca de sua validade e utilidade. Temos que para o momento em que se encontra a sociedade, sua necessidade é extrema, mesmo que sem conhecer ao certo o seu fim.

Nesse aspecto, coube aos estudiosos dessas ciências constatarem que em decorrência de diversas questões (sociais, econômicas, etc.), o Judiciário tem, cada vez mais, lançado mão dos institutos cautelares de prisão, antecipando o final de um processo penal e gerando uma aparente sensação de injustiça em razão da violação de princípios e garantias constitucionais.

É em decorrência de tais abusividades que se observa, cada vez mais, o surgimento de uma nova espécie de execução criminal, que permitiria ao preso provisório ou cautelar dar início, de forma antecipada, à sua pena.

Tal espécie de execução tem sido objeto de inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da viabilidade e da legalidade de tal instituto.

Desenvolvimento

1 Lei de Execuções Penais

1.1 Pena e Processo Penal

Antes de iniciarmos uma análise acerca da Lei nº 7210/84 (Lei de Execuções Penais) e de sua aplicabilidade na forma de execução provisória ou antecipada, devemos, ao menos, estabelecer um conceito mínimo do que é uma execução criminal, ou um processo de execução criminal, bem como qual vem a ser sua função. Para tanto, se faz necessário, também, rever a função do processo penal.

O processo penal ocorre através da imposição de um direito subjetivo do Estado que, em nome de sua soberania, busca o fim, na esfera privada, da realização da justiça, fazendo-a através do seu poder de império (COUTINHO, 1998, p. 125). Para a consecução de seus fins, atua nos ditames de sua competência predeterminada, através de um sistema de normas que visam a resguardar a liberdade individual, mas limitando-a, em determinados casos, com o escopo de efetivar a justiça e, assim, prevê ações e omissões contrárias à ordem jurídica, fixando-lhes as penas, as medidas de segurança e os institutos afins (CAMPOS BARROS, 1982, p. 47).

O Estado avoca para si tal poder na intenção de resguardar a justiça, impossibilitando a busca por justiça através de ações vingativas. Atuando, assim, através do seu poder punitivo, imputando penas e restringindo as liberdades daqueles que infringirem as regras. O Estado é o único que possui legitimidade para imposição da pena àquele que violar as normas estabelecidas e, também, é a pena a verdadeira essência do Direito Penal, pois ela (pena) não pode prescindir o processo penal (MILANO JUNIOR, 2009, p. 10).

O processo penal, então, surge nessa esteira como instrumento de efetivação das garantias erguidas pelo Estado para com seus cidadãos, assegurando-lhes todos os mecanismos necessários contra quaisquer atos arbitrários por parte do Estado (RANGEL, 2008, p. 456).

Nesse sentido, também, a importante lição de LOPES JUNIOR (2006, p. 4) de que existe uma relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares uns aos outros, pois não pode existir delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.

O processo penal, assim, é o meio pelo qual o Estado procura exercer seu direito subjetivo de aplicação de sanção àquele cidadão que infringir as regras impostas, ou seja, o processo penal é caminho necessário para a imposição de uma pena.

1.2 Execução Penal

Dessa forma, transitada em julgado a sentença penal condenatória, iniciar-se-á a execução dessa sentença, incumbindo ao Estado, que anteriormente assegurava os direitos e as liberdades, restringir ou impossibilitar, ao condenado, o livre exercício desses direitos e liberdades em decorrência da violação às normas – direito penal – que regulam o convívio social. Trata-se de procedimento pelo qual o Estado se utiliza do seu poder punitivo para impor a sua pretensão executória efetivando, assim, a punição do acusado (NUCCI, 2009, p. 432).

Nesse escopo, a execução da pena tem por “objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal” (MARCÃO, 2010, p. 31) e assim dispõe o art. 1º da Lei nº 7210/84 (Lei de Execuções Penais). Entretanto, é de fácil percepção que o legislador imaginou conceder maior abrangência aos ditames da referida lei, estendendo-a aos presos no âmbito geral, ou seja, condenados e presos provisórios.

A ideia de abrangência da lei resta evidente ao nos depararmos com o parágrafo único do art. 2º da LEP que determina que as disposições da Lei de Execuções Penais deverão ser aplicadas igualmente ao preso provisório e aos condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhidos em presídios sujeitos à jurisdição ordinária.

Assim, por se tratar de um conjunto de normas e princípios jurídicos de extrema complexidade (LIMA, 2010, p. 1) e dirigido tanto aos condenados na justiça criminal, quanto aos presos provisórios, o legislador adotou o sistema vicariante, ou seja, aplicação de pena para o acusado imputável e medida de segurança para o acusado inimputável.

¹ BRASIL, Lei Complementar nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execuções Penais. Publicada no Diário Oficial da República Federativa do Brasil em 13 de julho de 1984. Verbo Jurídico. 11ª ed. Rio Grande do Sul: 2010. - Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

² Idem. Ibidem. Art. 2º. A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Dessa forma, torna-se difícil apontar a real natureza jurídica da execução penal, razão pela qual inúmeros autores enfrentam dificuldade para determiná-la.

A doutrina de forma majoritária compreende a natureza jurídica da execução penal como uma atividade que se desenvolve mediante uma associação entre os planos jurisdicionais e administrativos do Estado (NUCCI op.cit. p. 432), existindo na atualidade a concepção de que a característica jurisdicional predomina sobre a administrativa quando se trata deste assunto (LIMA op.cit. p. 3.). Contudo, faz-se necessário pontuar que o encontro entre as atividades judiciais e administrativas decorre da emanção dos comandos necessários à execução da pena, enquanto o cumprimento é de responsabilidade do Poder Executivo (NUCCI op.cit. p. 432), em outras palavras, o cumprimento das ordens executórias cabe ao Estado.

Na tentativa de reabilitar o agente, ou de retribuir-lhe o mal causado pelo delito, o Estado lança mão de seu poder punitivo e, após transitar em julgado a sentença condenatória, executa a pena.

A aplicação dessa pena, conforme o art. 59 do Código Penal, é de incumbência do juiz que ao aplicá-la deverá considerar os critérios de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e, também, o comportamento da vítima, respeitando-se a individualização da pena que poderá ser de restrição de direitos, multa, e privativas de liberdade ou, ainda, medida de segurança nos casos de inimputáveis.

2 Prisões cautelares e seus fundamentos

Como bem se observou anteriormente, os presos provisórios são aqueles que ainda não obtiveram trânsito em julgado de suas decisões, podendo a eles a qualquer momento sobrevir decisão que revogue sua condição de presos provisórios mediante a revogação dessa prisão (sentença de absolvição, decisão de relaxamento, concessão de *habeas corpus*, etc.), ou ainda, a conversão da mesma em permanente através da condenação definitiva (sentença condenatória com trânsito em julgado). Tal possibilidade de alteração do estado de liberdade deve-se ao caráter eminentemente cautelar da prisão a qual o agente encontra-se submetido.

As prisões cautelares ou medidas cautelares de prisões têm como característica básica a instrumentalidade e a assessoriedade que as vinculam ao processo penal, como meio de garantia do resultado do processo ou, ainda, como forma de garantir o cumprimento da execução penal, ou seja, a instrumentalidade é nota típica do procedimento cautelar, pois sendo o processo o meio pelo qual o Estado exerce o seu *ius puniendi*, a cautelar, por sua vez, é o mecanismo necessário para garantir a efetividade do processo, tendo por fim a proteção da integridade e o deslinde do processo definitivo, garantido o êxito do procedimento final (WEDY, 2006, p. 94).

As medidas cautelares, no âmbito do processo penal, são elementos acessórios e sem autonomia. Essas medidas vão ser formais e materialmente relacionadas

ao processo do qual têm origem, pois seu deferimento baseia-se em um juízo de probabilidade e de possibilidade (LOPES JUNIOR, 2003, p. 202-203), o que significa dizer que a medida cautelar de prisão (ou qualquer outra) segue a sorte do processo; havendo neste uma decisão final, a cautelar deixará de existir.

Percebe-se, desde logo, que as prisões cautelares advindas de flagrante delito ou de ordem judicial visam a assegurar melhor persecução criminal e têm como característica essa provisoriedade (LIMA op.cit. p. 184).

A prisão cautelar atualmente se subdivide em três espécies: (1) prisão em flagrante; (2) prisão temporária; (3) prisão preventiva. Com o advento da Lei 11.689/08 e da Lei 11.719/08, que reformaram o Código de Processo Penal, revogando o artigo 594³, firmou-se o entendimento de que a prisão preventiva pode vir a ser decretada no momento da pronúncia, bem como no momento da prolação da sentença condenatória recorrível, restando agora quatro momentos para a decretação de prisão preventiva: (1) no curso da investigação criminal; (2) no curso de processo criminal; (3) no momento ou após a pronúncia; (4) no momento ou após a sentença condenatória recorrível (LIMA op.cit. p. 187).

Ademais, a prisão provisória só é passível de decretação quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁴, pois não existindo tais pressupostos não há que se falar em prisão provisória, exceto nos casos de prisão temporária. A Lei 7.960/89 elenca outros pressupostos para o cabimento dessa medida, mas a não existência das situações dispostas no artigo 1º dessa lei enseja a manutenção da liberdade – e prisão em flagrante – no período de 24 horas anteriores à comunicação à autoridade judicial para homologação – neste último caso, ainda é necessário observar a existência dos requisitos do artigo 312 do CPP para a homologação do flagrante e posterior conversão em preventiva.

É certo que devemos ter atenção quando tratamos de prisões cautelares, uma vez que a Constituição Federal adotou como regra geral a manutenção da liberdade enquanto desenrola-se o processo, haja vista o princípio da presunção de inocência que refere o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

3 (Im)possibilidade de execução antecipada da pena

Então, através dessas características básicas das medidas cautelares pessoais – prisões – é possível perceber o ponto crucial da relação entre a execução provisória ou antecipada da pena e as prisões cautelares, pois basta a realização de uma

³ As leis nº 11.689/08 e a nº 11.719/08 mencionadas reformam o Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Anteriormente ao advento dessas leis, o Réu em um processo penal não poderia interpor recurso de apelação sem que se recolhesse à prisão, salvo no caso desse réu ser primário com bons antecedentes, reconhecidos na sentença, ou se já estivesse a responder o processo em liberdade.

⁴ BRASL, Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Verbo Jurídico. 11ª ed. Rio Grande do Sul: 2010. - Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

análise nos fundamentos cautelares para se perceber a excepcionalidade da medida cautelar e, em especial, da prisão cautelar de tal sorte que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.1, dispõe que:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade e segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido à detenção ou prisão arbitrária. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo por causas fixadas em lei e em obediência a procedimento estabelecido por esta.⁵

O combate à banalização de medidas excepcionais, como as prisões cautelares, também se observa na doutrina, consoante ao pensamento de LUIGI FERRAJOLI:

Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos sem processo. É um mísero paralogismo dizer que cárcere preventivo não contradiz o princípio da *nulla poena sine iudicio* – ou seja, a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual, ou seja, como for, não penal (...) (FERRAJOLI, 2002. p. 446-449).

Em decorrência do excesso de presos provisórios e também da banalização da prisão cautelar, surgiu a construção acerca da possibilidade de uma execução antecipada da pena em duas hipóteses: (1) execução provisória, nos casos em que não existam recursos a serem interpostos pela acusação; (2) execução provisória da sentença não interessando se exista possibilidade de recurso a qualquer das partes. De acordo com os estudiosos que acompanham a ideia de Execução Provisória da Pena, na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), constaria no parágrafo único do artigo segundo o permissivo legal ao afirmar que a referida lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Na realidade, a ideia do legislador foi garantir um tratamento igualitário entre o preso provisório e o condenado (LIMA; PERALLES, 2010, p. 11), pois a simples ideia de possibilitar aos presos provisórios a antecipação da pena contraria a Constituição Federal, porque viola o princípio inserto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Entretanto, pugnam os estudiosos que a execução provisória da pena é cabível e útil quando houver sentença transitada em julgado para os recursos da acusação, estando o réu preso, mesmo que pendente recurso da defesa porque, nessa hipótese, a sentença já não pode ser modificada de forma a piorar a situação do réu (MARCÃO, op.cit. p. 149). Segundo essa corrente, seria possível a progressão de

⁵ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível no site: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm>>. Acessado em: 04/08/10.

regime, inclusive em razão de entendimento do Supremo Tribunal Federal editado na súmula 716, que possui o seguinte teor: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Quanto à hipótese de iniciar-se a execução da pena enquanto pendente recurso da acusação - Ministério Público ou Querelante - levam em conta os defensores dessa tese a morosidade do poder judiciário brasileiro, alegando que o tempo entre a decretação da prisão (no caso de flagrante delito ou preventiva antes da sentença) poderia até o julgamento dos recursos se passar período necessário à concessão de progressão de regime ou qualquer outro benefício executório (LIMA; PERALLES, 2010, p. 18).

Logo, a ideia é de que estando o acusado preso e não tenha sobrevivendo o trânsito em julgado sua sentença, poderá ele antecipar o cumprimento de sua pena através dessa execução provisória, que encontraria respaldo não apenas na Lei de Execuções Penais, mas também nas súmulas do STF, em especial, a súmula 717, que assim dispõe: “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”.

Considerações finais

Partindo do que foi exposto acima, percebemos que não é possível a execução provisória da pena, sendo esta completamente inconstitucional por violar princípios basilares e contrários à Lei de Execuções Penais.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV, LXI, estabelece, como regra geral, a liberdade a todos, respondendo ou não processo criminal; tal entendimento, corroborado com o princípio da presunção de inocência consoante ao artigo 5º, inciso LVII da CF, inviabiliza de pronto a execução antecipada ou provisória da pena.

Ora, não se pode ultrapassar ou restringir garantias asseguradas pela constituição ao bel prazer de qualquer acusado, correndo-se o risco de fragilizar essa que é a regra maior de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual SILVA afirma que nessa forma de Estado,

o exercício do poder estatal somente é legítimo se houver respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, bem como aos princípios que norteiam o conceito de justiça e equidade. Em razão disso, o problema da legitimação ou justificação do direito penal atinge, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cujo exercício do poder de punir lesiona duramente os direitos fundamentais do cidadão.

⁶ DA SILVA, Margarida Bittencourt. Estado Democrático de Direito e Legitimidade do Direito de Punir. Disponível em <<http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/Artigo%20-%20Margarida.pdf>>. Acessado em 05/08/10.

Trata-se, portanto, de uma questão de legitimidade do Estado razão pela qual não permite que se ultrapassem as garantias que ele próprio – o Estado – tem o dever de assegurar sequer para um suposto benefício ao acusado. Afirma-se, aqui, como um suposto benefício em razão da inexistência de benefício, haja vista que para toda pena cumprida, em fase processual, existe a possibilidade de abatimento da pena final, em decorrência do princípio da detração penal de que trata o artigo 42, do CP. Existindo uma lei que assegura tal possibilidade, nenhum prejuízo decorrerá do aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória⁷.

Ademais, o grande problema do sistema carcerário, bem como as dificuldades que se encontram na execução penal, é decorrente da má utilização das prisões cautelares. Tais procedimentos têm tido seu uso banalizado pelo judiciário que na vã expectativa de reduzir a criminalidade lança mão de uma medida cautelar extremamente excepcional e danosa.

A prisão cautelar, com exceção da temporária que possui prazos pré-determinados pela lei, não pode ser vista como mecanismo de política criminal e utilizada de forma banal e sem respeito às garantias constitucionais.

Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Verbo Jurídico. 11^a ed. Rio Grande do Sul: 2010.

BRASIL, Decreto-Lei n° 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Verbo Jurídico. 11^a ed. Rio Grande do Sul: 2010.

BRASIL, Decreto-Lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Verbo Jurídico. 11^a ed. Rio Grande do Sul: 2010.

BRASIL, Lei Complementar n° 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execuções Penais. Publicada no Diário Oficial da República Federativa do Brasil em 13 de julho de 1984. Verbo Jurídico. 11^a ed. Rio Grande do Sul: 2010.

CAMPOS BARROS, Paulo Romeu Pires de. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DA SILVA, Margarida Bittencourt. Estado Democrático de Direito e Legitimidade do Direito de Punir. Disponível em <<http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/Artigo%20-%20Margarida.pdf>>. Acessado em 05/08/10.

FERRAIJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, tradução de Fauzi Hassan Choukr *et. alii*. 2002.

⁷ RODRIGUES, Rubens. A execução provisória da pena provativa de liberdade. Ministério Público, São Paulo. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/artigos_doutrinaros> Acessado em: 30/07/10.

LIMA, Roberto Gomes; UBIRACYR, Peralles. *Teoria e Prática da Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Aury. *Sistema de Investigação Preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILANO JUNIOR, Luiz Caldas. Atividade Probatória e Princípio da Especialidade: Traçando limites à utilização da interceptação telefônica na instrumentalidade constitucional. 2009. *Monografia*. (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2009.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm>>. Acessado em: 04/08/10.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Rubens. *A execução provisória da pena provativa de liberdade*. Ministério Público, São Paulo. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/artigos_doutrinarios> Acessado em: 30/07/10.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Recebido em: 02/08/2011

Aprovado em: 01/11/2011