

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

EXECUÇÃO PROVISÓRIA

KENARIK BOUIKIAN FELIPPE

Ementa: Habeas-Corpus. Crime de tráfico de entorpecentes. Efeito apenas devolutivo de recursos de índole extraordinária: possibilidade de execução provisória da decisão condenatória.

1. É da reiterada jurisprudência do STF que os recursos de índole extraordinária, como o especial e o extraordinário, só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo, razão pela qual é legítima a execução provisória do julgado condenatório.

2. Ademais, se não é permitido que os condenados como incursos nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos apelem em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), com maior razão não se lhes pode conceder o especial privilégio de recorrerem extraordinariamente sem recolherem-se à prisão.

3. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o *habeas-corpus*.

Brasília, 28 de julho de 1996.

Néri da Silveira, Presidente – Maurício Corrêa, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa: Trata-se de habeas-corpus impetrado em 03.05.96 pelos advogados Eduardo Dourado da Silva e Elianici Gonçalves Gama em favor de Gilson Ferreira Guimarães e Márcio Márcio de Assis, onde afirmam que os pacientes estão sofrendo coação ilegal por ato da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Jus-

tiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que os condenou – em grau de apelação interposta pelo MP contra a sentença absolutória do Juiz de Direito da Vara de Delitos contra a Saúde Pública de Campo Grande – às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um, como incursos nas sanções do art. 12, com a majorante do art. 18, III, da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76).

1.2 O núcleo das alegações, de difícil compreensão, está assim redigido, onde faço algumas correções para maior clareza, *in verbis* (f.):

“Inconformada a douta acusação apelou da sentença hostilizada, e em data de 03 de abril de 1996, por decisão da 1.^a Turma Criminal, reformando-a condenou os pacientes à de 5,4 (cinco anos e quatro meses), cada, em consequência, expediu-se mandados de prisão contra os mesmos, contrariando acórdão prolatado até mesmo pela autoridade coatora.

Com efeito, pretendem apelar (*rectius*: recorrer extraordinariamente) à esta Augusta Corte de Justiça, assim que for publicada a decisão, através do venerando acórdão.

Entretanto, os pacientes que responderam o processo preso, a apelação em liberdade, também têm o direito de responderem (*rectius*: interponem) o recurso especial (*rectius*: recurso extraordinário) que impetram (*rectius*: impetrarão) a este sodalício em *oportune tempore*, em liberdade.

Encontram-se amparados, com o direito de continuarem a responder o processo em liberdade, mesmo em grau de apelação (*rectius*: recurso extraordinário) é o princípio extensivo do instituto legal, criado para ampliar os limi-

tes da liberdade provisória, consagrando a regra de evitar a prisão antecipada, sempre que se tratar de réu primário, visa principalmente, impedir a propagação dos efeitos perniciosos e deletérios da promiscuidade carcerária sobre a existência socialmente úteis.

Os pacientes foram reconhecidos como inocentes em sentença prolatada pelo Magistrado primo, portanto, vê que existe grande probabilidade de ser reconhecida por este Tribunal suas inocências.

Os mandados de prisão expedido contra os mesmos estão a lhes dificultar sobremaneira seus negócios, notadamente que são pessoas de bons relacionamentos nos seus meios, e a prisão antecipada, ainda em face de recurso a sentença (*rectius*: do acórdão) causa-lhes danos irreparáveis e difícil e incerta reparação.

Não se trata apenas de invocar o princípio secular de que a presunção de inocência deve militar a favor do acusado, mas assim, de reivindicar, em prol dos pacientes a aplicação da lei de expressando a tendência benéfica honesta de interpretar este dispositivo legal como um direito de todos e não como privilégio de alguns.

Finalmente, requer seja concedida e provida a presente ação, possibilitando que o paciente recorra (*rectius*: os pacientes recorram) da decisão de primeira instância (*rectius*: segunda instância) em liberdade; e, ao final, seja concedido o *writ*, expedindo-se o competente contra-mandado de prisão, determinou-se o recolhimento do mandado de prisão expedido contra os pacientes, bem assim, a abertura de vistas dos autos de processo crime movido, para as razões de recursos”.

1.3 Em suma, o que posso entender da longa inicial, redigida em estilo singular e ocupando vinte e quatro laudas impressas em espaço um, é que os impetrantes pretendem que os pacientes possam interpor os recursos extraordinário e especial, aguardando os respectivos julgamentos em liberdade (f.). Juntam documentos (f.).

2. Indeferi a liminar porque não veio acompanhada da decisão impugnada (f.).

3. Vêm aos autos as informações prestadas pelo Vice-presidente do Tribunal coator, esclare-

cendo que foram apreendidos mais de 70 (setenta) kg de cloridrato de cocaína e a aeronave de prefixo PT-AUA (f.); documento às (f.).

4. Manifesta-se o MP Federal, opinando pelo não conhecimento do pedido por perda de objeto em face do julgamento da apelação, em parecer assim fundamentado, *in verbis* (f.):

“... o julgamento da apelação ocorreu em 03.04.96 (f.), ou seja, um dia antes (*rectius*: um mês depois) do ajuizamento da presente ordem, que não pode ser conhecida por falta de objeto, eis que os impetrantes pretendem que os pacientes aguardem em liberdade o desfecho de um recurso (apelação criminal – *rectius*: recursos extraordinário e especial) que já foi julgado. “

E o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa (*Relator*): Senhor Presidente, vê-se que os impetrantes confundem o que seja primeira instância com segunda instância, assim como recurso de apelação como o que seja recurso extraordinário e recurso especial. Entretanto, do que pude entender do contexto da longa inicial, pretendem imprimir efeito suspensivo aos futuros recursos extraordinário e especial que afirmam que vão interpor.

2. Ocorre que é da reiterada jurisprudência desta Corte que estes recursos de índole extraordinária – especial e extraordinário – só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo, razão pela qual é legítima a execução provisória do julgado.

3. Ademais, se não é permitido que os condenados como incurso nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos apelem em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), com maior razão não se lhes pode conceder o especial privilégio de recorrerem extraordinariamente sem recolherem-se à prisão.

4. Não tenho como adotar o parecer do Ministério Público porque deu enfoque literal ao conteúdo de algumas passagens da inicial, supondo que os impetrantes estavam pretendendo apelar em liberdade, fato que a circunstância de terem sido absolvidos em primeira instância lhes outorgou.

Isto posto e com a vênha do parecer do MP Federal, conheço do pedido, mas indefiro a ordem impetrada.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Por unanimidade, a Tuma indeferiu o habeas corpus. Ausentes justificadamente, neste Julgamento, os Senhores Mins. Marco Aurélio e Carlos Velloso. 2.^a Turma, 28.06.1996.

Presidência do Senhor Min. Néri da Silveira.
Presentes à Sessão os Srs Mins. Carlos Velloso,

Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Wagner Amorim Madoz, Secretário

COMENTÁRIOS

“Há um imperativo moral que determina que a aplicação do conhecimento jurídico tem como objeto imediato a ordem normativa da dignidade humana. O ordenamento positivo está necessariamente subordinado à razão jurídica e nesta dimensão é que se deve analisar a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, não olvidando, por qualquer instante, o intérprete e aplicador da lei, a pessoa humana que tem que cumpri-la.”

O acórdão acima transcrito, prolatado pela Segunda Câmara do STF afirma a possibilidade da execução provisória da decisão condenatória e, embora haja uma incompreensível resistência por parte dos juízes, este é um instituto que começa a ganhar espaço, cor e forma, conforme se denota pelas decisões iterativas de nossos Tribunais.

Neste tanto, há diversas decisões dos Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do STF. Desta última Corte destaco duas decisões proferidas em sede de habeas corpus, em razão da relevância dos aspectos abordados. A primeira recebeu o n. 72.162, j. 07.03.1995, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, votação unânime:

“Ementa: I – Habeas corpus: competência do STF: não é substitutivo de recurso ordinário de habeas corpus, de modo a deslocar-se para a competência do STJ, a impetração cujo objeto, embora anteriormente ventilado em habeas

corpus perante o Tribunal de Origem, foi depois reiterado, sem êxito, em recurso por ele desprovido (precedente: HC 71.431, 28.06.94, Moreira Alves) ; II – A prisão decorrente de decisão condenatória recorrível – quando admitida, conforme o entendimento majoritário no STF (e não obstante a presunção constitucional de não culpabilidade) independentemente da demonstração de sua necessidade cautelar – constitui verdadeira execução provisória da pena que não se deve efetivar em regime mais severo que o da eventual condenação definitiva; III – Consequente admissibilidade da progressão de regime de cumprimento da pena ou de aplicação imediata do regime menos severo determinado na sentença, tanto mais quanto sujeita apenas a recurso de defesa (cf., HC 68.572, Neri da Silveira, Lex 159/263) ou como ocorre no caso, a apelação de assistente do Ministério Público, que não tem efeito suspensivo”.

No mesmo diapasão acórdão 72.077, do STF, j. 03.03.1995, rel. Min. Marco Aurélio: “ A execução provisória da pena privativa de liberdade e antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não constitui violação a norma constitucional. O art. 5.º, LVII, da Constituição, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não revogou o art. 594 do C.P.P., segundo o qual “o réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão ou por estar

fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes...” .

Um dos óbices apresentados para a execução antecipada da pena refere-se a disposição constitucional esculpida no art. 5.º, inc. LVII, que dita: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

É evidente que a garantia constitucional, consistente no princípio da presunção de inocência, não pode ser interpretada para prejudicar o acusado. O sentido da existência da garantia é a proteção do indivíduo e usar a norma de amparo em prejuízo daquele que se visa resguardar é um absoluto contra-senso.

A afirmativa de que a execução provisória é um instituto prejudicial ao réu, pois obriga o cumprimento de pena antes da apreciação de recurso pela superior instância, é um argumento enganoso, pois parte de premissa falsa, esquecendo-se, mais uma vez, do destinatário da pena.

Aquele que se encontra detido em razão de um processo criminal, seja em razão de uma prisão em flagrante, preventiva ou qualquer outra de natureza cautelar, ou, ainda, em razão da condenação, não faz distinção quanto a natureza, pois o substrato da prisão, para aquele que se vê obrigado a nela permanecer, independentemente de trânsito em julgado da sentença, é a punição, justa ou não .

Para aquele que se encontra atrás das grades o que está ele ali a fazer é tão-somente exercitando a sua expiação. O nome a a natureza pouco importa, mas o relevante é a consciência do cumprimento de uma verdadeira pena, ainda que possa ser ela futuramente alterada com a reforma da sentença condenatória.

Nesta medida, não há como reconhecer a prejudicialidade, pois a execução antecipada somente tem cabimento quan-

do o recurso não tiver efeito suspensivo, portanto, que não traga prejuízo ao réu, limitando-se às hipóteses em que o acusado não poderá recorrer em liberdade, justamente para dar cumprimento à garantia constitucional acima enunciada.

Faticamente: o condenado aguarda o julgamento da apelação preso. É possível afirmar que é prejudicial ao condenado o reconhecimento de remição? De progressão de regime de cumprimento de pena ? A autorização para trabalho externo? A resposta somente pode ser negativa e afirmar a violação constitucional é querer ser mais realista do que o rei.

Nesta ordem e diante desta realidade, o legislador ordinário estabeleceu no art. 2.º, par. ún., da Lei de Execução Penal: “Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”. Assim fazendo, consagrou a execução provisória, porém não deu um melhor aparelhamento para a sua aplicação, cabendo aos julgadores, na lacuna da lei, dar significado prático e concreto à vontade clara do legislador.

A objeção levantada no sentido de inexistência de guia de recolhimento não pode ser acolhida, pois o título executivo é a sentença condenatória, como o é para a execução definitiva, e que serve de limites ao julgador do processo de execução. A guia de recolhimento é mero instrumento não existindo impedimento de extração da guia de recolhimento provisória.

Igualmente é indiferente para o processamento da execução provisória se o recurso contra a sentença que se pretende executar foi interposto pela acusação ou pela Defesa. Nesta última hipótese estaríamos a punir mais severamente o condenado pelo fato de ter ele exercido o direito constitucional de defesa e em relação à primeira hipótese cabe invocar o magistério de Sergio Mazina Martins

que preleciona (*in Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 19, p. 375): “Nenhuma privação de liberdade pode extrapolar o título que delimita sua própria potência executiva. Incorreto neste contexto, exigir para a execução provisória o trânsito em julgado para a Acusação pois, além do próprio título (p. ex., para além da sentença condenatória sujeita a recurso), nada mais há que mereça tutela: quanto mais uma pretensão condenatória da Acusação cujos termos até então não apenas não foram acolhidos mas, a rigor, até então foram expressamente repelidos pelo Estado-jurisdição, ao qual não cabe acautelar uma pretensão cujo mérito ele próprio, pelo menos até então, rejeitou” .

Após estas breves considerações, retorno às observações iniciais para destacar que “num Estado Democrático de Direito no qual a dignidade da pessoa humana funciona como ponto fulcral de toda ordem jurídica, não é possível admitir-se que um cidadão seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Alberto Silva Franco *in Crimes Hediondos*, ed. Revista dos Tribunais) .

Somente com os olhos voltados para a dignidade da pessoa humana é que se poderá fazer a correta aplicação e interpretação do ordenamento jurídico e dar cumprimento ao imperativo moral mencionado.