

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

LIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DE APELAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Parecer: 2.1 Fatos determinados da consulta: 2.1.1 Proposição acusatória e julgamento em primeiro grau de jurisdição; 2.1.2 Manifestação de inconformismo do Ministério Público; 2.2 Petição inapta a produzir os respectivos efeitos: 2.2.1 Apelo consubstanciado em proposição vaga e indefinida; 2.2.2 Inépcia da analisada petição recursal; 2.3 Indispensabilidade de escoreita delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação: 2.3.1 Orientação da doutrina italiana; 2.3.2 Posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras; 2.4 Inexistência de provisoriedade na execução penal: 2.4.1 Equivocidade da ordem de expedição de mandado de prisão; 2.4.2 Breve verificação do sistema executivo penal – 3. Conclusão: 3.1 Resposta à consulta formulada.

1. Consulta

Honra-me o ilustre advogado Marcio Thomaz Bastos com a *consulta* referente ao resultado do julgamento, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de nosso Estado, da Ap 274.284-3/0 da Comarca de São Paulo, que, acolhendo o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, condenou seu cliente Carlos Alberto de Oliveira Santiago, ordenando a expedição de conseqüente mandado de prisão, na forma explicitada em respectiva súmula, *verbis*:

“Rejeitaram a matéria preliminar, negaram provimento aos recursos defensivos e deram provimento parcial à apelação da Justiça Pública, nos termos que constarão do v. acórdão, expedindo-se mandado de prisão contra Carlos Alberto de Oliveira Santiago. Fará declaração de voto o revisor, Des. Andrade Cavalcanti. v.u.” (com proposições destaques).

E isso, notadamente, em relação à rejeição da arguição preliminar de não-conhecimento do aludido recurso, em que sobrelevado:

a) terem sido acusadas nove pessoas, das quais algumas foram absolvidas; e,

b) falta de menção ao nome de Carlos Alberto (absolvido em primeiro grau de jurisdição) na petição de interposição recursal, que somente fez expressa referência aos de Jane Viana dos Santos e Itamar Bueno Teixeira de Castro.

À mencionada *consulta* foram anexadas cópias das principais peças dos autos do processo, suficientes à verificação do ponto fulcral objetivado e correspondente formação de convencimento, propiciante da argumentação fática e jurídica que passo a desenvolver.

Antes, porém, de fazê-lo, sou instado a esclarecer que me sinto compelido a tecer, também, e em complemento, algumas considerações, que tenho como pertinentes, a respeito da ordem de expedição de mandado de prisão, por órgão jurisdicional coletivo de segundo grau, certamente para o efeito da denominada *execução provisória*, que, espúrio fruto de equivocado entendimento jurisprudencial, inexistente em nosso ordenamento jurídico, e, como tal, não tem por que ser vivenciada ...

E, sem necessidade de qualquer outra adição, passo, em imediata sequência, à elaboração do solicitado.

2. Parecer

2.1 Fatos determinados da consulta

2.1.1 *Proposição acusatória e julgamento em primeiro grau de jurisdição*

Carlos Alberto de Oliveira Santiago foi denunciado (juntamente com outras oito pessoas, a saber: Jane Viana dos Santos, Itamar Bueno Teixeira Costa, Serafim de Tomaso, Maria Israela Ramos Pinheiro – vulgo “Daniela” –, Adriana Viana dos Santos, Luiz Sakae Taniguchi, Clotilde Assis Machado e Sérgio Costa Magueta) pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, perante o Juízo de Direito da Vigésima Terceira (23.^a) Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso nas penas dos arts. 228, § 1.^o, do CP (nove vezes), e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (duas vezes), ambos c/c o art. 69 do CP (concurso material); e, ainda, do art. 213, c/c o art. 224, *a* (presunção de violência), do CP (Proc. 493/97).

Desenvolvido regularmente o respectivo procedimento penal, culminou ele, em primeiro grau de jurisdição, com a sentença de f., proferida em 17.09.1998, pelo MM. Juiz Antônio Sérgio Coelho de Oliveira, em exercício na Vara.

Naquilo que ora, realmente, interessa, mencionado ato decisório assim dispôs:

“(...) *e*) Absolvo o réu Carlos Alberto Santiago, qualificado nos autos, do delito previsto no art. 213, c/c. o art. 224, *a*, do CP, que lhe foi imputado, com fundamento no art. 386, IV, do CPP; *f*) Absolvo o réu Carlos Alberto Santiago, qualificado nos autos, dos delitos previstos no art. 228, § 1.^o, e art. 232 do ECA, que lhe foram imputados, com fundamento no art. 386, III, do CP” (cf. f., e *rectius*, no derradeiro passo, CPP).

2.1.2 Manifestação de inconformismo do Ministério Público

Devidamente intimado, o órgão acusador, pelo décimo terceiro (13.º) Promotor de Justiça da Capital, Walter Tebet Filho, manifestou seu inconformismo com o decidido mediante petição protocolizada em 28.09.1998, fazendo-o, porém, *venia concessa*, lacônica e obscuramente.

Com efeito, é o seguinte o singelo e inexpressivo teor da indicada peça recursal:

“(…) O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do Promotor de Justiça que este subscreve, nos autos do processo crime 493/97, onde figuram como réus Jane Vieira dos Santos, Itamar Bueno Teixeira de Castro e outros, não se conformando com a r. decisão de f., vem da mesma ‘apelar’ para a Egrégia Superior Instância, nos termos do art. 593, I, do CPP.

Requer, uma vez recebido o presente recurso, sejam os autos encaminhados a esta Promotoria de Justiça para oferecimento das razões de inconformismo (…)” (cf. f.).

Como verificável, até mesmo *primo ictu oculi*, a simples leitura do texto transcrito, apresenta-se este com, pelo menos, duas e insanáveis falhas, ora pontuadas, e a seguir patenteadas: evidentes mostram-se, indubitavelmente, em relação ao acusado absolvido Carlos Alberto de Oliveira Santiago, a falta de menção ao seu nome, assim como a da necessária (ante os termos do decidido) especificação do objeto da apelação ministerial, então interposta.

2.2 Petição inapta a produzir os respectivos efeitos

2.2.1 Apelo consubstanciado em proposição vaga e indefinida

Realmente, a petição recursal transcrita *supra*, par da omissão atinente à (necessária e insuperável) nomeação do aludido imputado, essencial à evitação da preclusão temporal para interposição de recurso, em relação a ele; sequer cogitou da (também imprescindível) indicação do ponto, ou dos pontos, do decidido, que dita impugnativa recursal objetivava.

Daí porque, inequivocamente também, ela mostra-se vaga e indefinida. E, como tal, em técnico e jurídico rigor, inconsequente; de sorte a não poder gerar os efeitos pretendidos pelo descuidado recorrente, cuja precípua função é a de zelar pela observância da lei, e não, obviamente, a de pisoteá-la ...

2.2.2 Inépcia da analisada petição recursal

É de ter-se presente, a esse propósito, o magistério de José Carlos Barbosa Moreira, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed., Rio de

Janeiro : Forense, 1998. vol. V, p. 234, segundo o qual a mais autorizada doutrina processualista (citada em rodapé – nota 10) conceitua o recurso, ou “o poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo” (considerada a ação, por certo, como o *exercício do direito à jurisdição*, concedido, a todos os membros da comunhão social, abstrata, genérica e incondicionadamente, no inciso XXXV do art. 5.º da CF).

Assim também, a aguda e sempre atual ensinança do saudoso e emérito Mestre das Arcadas, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que, em conferências, palestras e aulas ministradas com minha assistência, proclamava, em alto e bom som, *constituir a precisão da acusação uma autêntica garantia da defesa do acusado*.

Ora – seja-me permitido complementar –, se o *recurso* deve ser considerado como *aspecto, elemento, modalidade ou extensão do direito à jurisdição*, que se exerce por meio da ação, salta à evidência que a respectiva petição deve ser tão precisa quanto a da inicial proposição acusatória.

E isso não acontecendo, a sua inescandível imprecisão torna-a *tecnicamente inepta*, isto é, inapta a produzir os efeitos aos quais se destina (cf., a respeito da petição inicial *in genere*, meu *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 136).

Por via de consequência, e do mesmo modo que a inépcia da petição inicial acarreta o seu indeferimento ou rejeição (cf. arts. 295, I, do CPC; e 43, I, do CPP; e, no tocante a este, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 18. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. vol. I, p. 498), a da recursal, como será logo adiante demonstrado, implica o *não-conhecimento do recurso*.

De resto, e a reforçar, *in casu*, esse correto entendimento, deve ser anotado que a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição acolheu apenas parcialmente a proposição acusatória, num julgamento deveras complexo, mediante o qual: *a)* condenou cinco dos acusados, a saber: tendo como procedente em parte a acusação, Jane Viana dos Santos, Maria Israela Ramos Pinheiro, vulgo “Daniela”, e Clotilde de Assis Machado; e, *in totum*, Serafim de Tomaso e Luiz Sakae Taniguchi; e, *b)* absolveu os demais, ou seja, Carlos Alberto de Oliveira Santiago, Sérgio Costa Magueta, Itamar Bueno Teixeira de Castro e Adriana Viana dos Santos.

Dáí, inafastavelmente como visto, a imperiosidade de especificação, na petição de interposição do apelo, dos lindes do recurso, tanto subjetiva, como objetivamente.

E, por via de consequência, descuidando dela – quer no tocante à nomeação, e correlata determinação dos apelados; quer quanto aos termos das respectivas absolvição e/ou condenação –, ela só poderia ser considerada, como de fato é, *tecnicamente inepta*.

2.3 Indispensabilidade de escoreita delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação

2.3.1 Orientação da doutrina italiana

No tocante, já agora, e particularizadamente, à indispensabilidade de delimitação da insurgência na petição ou termo de apelação (especialmente, quando esta é *parcial*), assume real importância a verificação, breve que seja, do entendimento da doutrina italiana, em face do respectivo *ius positum*, no qual, sabidamente, a vigente codificação processual penal brasileira fincou suas raízes.

Versando, com a habitual acuidade, esse tema, explicita Francesco Canelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*. tradução castelhana de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires : Ejea-Bosch, 1950. vol. IV. p. 144, *verbis*: “Quien impugna una providencia, no puede limitarse a protestar de la injusticia y a pedir que sea sustituida; sino que debe decir las razones de ello”.

E, nessa mesma, e correta, linha orientativa, postam-se, uniformemente, os mais autorizados especialistas peninsulares, como, *e.g.*, Alfredo de Marsico, *Diritto processuale penale*. 4. ed., integrada e atualizada por Gian Domenico Pisapia, Nápoles : Jovene, 1966, p. 290-292, salientando a indispensabilidade de especificação do objeto do recurso, ou seja, da individuação do “*punto del provvedimento che impugna*”; Girolamo Bellavista, *Lezioni di diritto processuale penale*. Milão : Giuffrè, 1956. p. 243, asserindo que o ato de recorrer (*dichiarazione*) “deve indicare il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso, il procedimento relativo ed il *gravame che intendesi proporre*” (com destaques meus, e, numa livre tradução: “deve indicar o ato decisório impugnado, a respectiva data, o órgão jurisdicional que o proferiu, o procedimento relativo e o *conteúdo da agravação proposta*”); e Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6. ed., atualizada por G. Conso e G. D. Pisapia, Turin : Utet, 1972. vol. 4, p. 642.

O último dos citados autores define, precisamente também, qual seja esse conteúdo da manifestação recursal, expressando que na petição de interposição (como visto, em língua italiana, *dichiarazione*) devem ser indicados: o ato decisório recorrido, a respectiva data, o órgão jurisdicional que o proferiu, o procedimento no qual pronunciado, e “il *gravame che si vuol proporre*”. E, em seguida, completando a lição que se ajusta como luvas à situação processual retratada nos autos objeto da *consulta*, enfatiza:

“*Se si tratta di un provvedimento riguardante più imputati, la dichiarazione di impugnazione del pubblico ministero deve indicare i nomi degli imputati nei riguardi dei quale gravame è proposto. Altrimenti s'intende che questo concerna tutti gli imputati, a meno che dai motivi proposti risulti che é limitato a uno o ad alcuni imputati.*”

Tutte le dette indicazioni sono richiesti a pena de inammissibilità (...)” (com destaques, também, meus).

Esse transcrito tópico exprime, sem deixar margem a qualquer dúvida, a verdadeira *ratio* da complexa situação processual de uma atuação que se desdobra em dois momentos, e, por ser tecnicamente única, reclama absoluta coerência entre ambos.

Daf, e na esteira das partes inicial e final do raciocínio desenvolvido por Manzini, a certeza de tornar-se *indispensável, sempre que vários sejam os acusados, a indicação, na petição de interposição de recurso, pelo Ministério Público, do nome ou dos nomes dos recorridos*, isto é, “dos acusados em relação aos quais ele é interposto”.

Assim também, sendo diferenciadas as situações de cada um deles (v. g. condenação total, condenação parcial e absolvição –, como no caso da *consulta*), a *especificação dos lindes da insurgência*, dada a inafastabilidade da definição de sua abrangência, no lapso temporal estabelecido em lei para a manifestação de inconformismo, cujo decurso implica, à evidência, a formação de *coisa julgada de autoridade absoluta*, determinante, por sua vez, da *imutabilidade de ato decisório de mérito, na parte irrecorrida*.

2.3.2 Posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras

Em nosso país, não obstante o inicialmente equivocado entendimento de José Frederico Marques (cf., a respeito, em mais uma “civilização” do processo penal, *O júri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo : Saraiva, 1948. p. 142, onde afirmado, *verbis*: “(...) na apelação contra sentença de juiz singular vigoram os mesmos princípios que na apelação civil ...”) – como, em variegados passos, seguido, inadvertida ou acomodadamente, por outros autores (e.g., quanto ao tema ora versado, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*. São Paulo : RT, 1996. p. 155; em mais antiga postura, Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 604; e Fernando Capez, *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 358-359), e por conhecidos pronunciamentos pretorianos, – o posicionamento doutrinário e jurisprudencial consubstanciado em exegética interpretação do enunciado do art. 599 do CPP apresenta-se identificado ao dos mestres italianos, logo acima citados (cf. os mesmos José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1965. vol. IV, p. 233; e Julio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed., São Paulo : Atlas, 1997. p. 768-769; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*. 7. ed., São Paulo : Saraiva, 1989. p. 383; Alberto Silva Franco, Rui Stoco *et alii*, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1999. vol. 2, p. 2.814-2.816; RTJ 87/455, 72/27, 41/339; STF, RHC 52.548-GB, rel. Min.

Bilac Pinto, *DJU* 22.11.1974, p. 877; votos do Min. Sepúlveda Pertence, citados *RTJ* 134/250 e *RT* 740/512, 731/576, 665/379, 656/270, 605/278, 545/376; *JTJ* 185/316; *JUTACrim-SP*, *Lex* 89/322).

Assim é que o eminente jurista paulista, de saudosa memória, nos *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. IV, p. 234, após demonstrar a *dispositividade da apelação parcial* (p. 233), não teve como deixar de asserir que: “A apelação contra sentença definitiva, que não seja condenatória ou de absolvição, é sempre limitada, por força do próprio objeto do recurso” (e isso — permito-me, de logo, complementar —, referindo-se, indubitavelmente, a *sentença de mérito*, tal como só pode ser a definitiva, e em que não haja, apenas, absolvição ou condenação, mas ambas, sobretudo no caso de pluralidade de acusados).

Julio Fabbrini Mirabete, a seu turno, em *Código de Processo Penal interpretado*, cit., p. 768, anota que, adotado no procedimento penal formalmente acusatório o secular regramento *nemo iudex sine actore*, impeditivo da apreciação de parte do *decisum*, de que não tenha apelado o vencido, vigora outro, consubstanciado na máxima *tantum devolutum quantum appellatum*, coibitiva de julgamento *ultra petita*. E aduz, *verbis*:

“Os limites do inconformismo da parte devem ser fixados na petição ou termo do recurso. Ao apelar, deve indicar no pedido sua fundamentação ou o dispositivo legal em que se apóia, que não pode ser modificado nas razões, salvo se ainda estiverem dentro do quinqüídio legal. A extensão do apelo mede-se pela interposição e não pelas razões (...)”.

Essas considerações trazem à relembração a aguda observação de Eugenio Florian, *Elementos de derecho procesal penal*, tradução castelhana de L. Prieto Castro, Barcelona : Bosch, sem data, p. 432, no sentido de que a acusatoriedade inerente à atividade processual penal determina “a la parte que impugna la resolución especificar en su recurso el objeto del mismo. La parte solicita la actividad del juez *ad quem* y al mismo tiempo *señala los limites de la misma*. La actividad del juez depende y está circunscrita al modo como el recurso haya sido propuesto” (com destaques, novamente, meus).

E, no que respeita à atuação recursal do Ministério Público, impõe-se-lhe, já agora no dizer de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1974. vol. 1, p. 405, a “observância estrita de um dever de objetividade”, lastreado nos fins que deve perseguir em todo o desenrolar da *persecutio criminis*, quais sejam o de plena colaboração na descoberta da verdade e na realização de justiça.

E, nesse passo, não constituirá demasia, por certo, a relembração, com Fernando Capez, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 359 (que, embora ostentando outro, já criticado, posicionamento, reconhece, com todas as letras), *verbis*: “(...) A apelação existe no momento em que é interposta, e não quando são oferecidas as razões. A interposição é, portanto, aquele momento em que a parte manifesta seu inconformismo, e no qual se fica sabendo que ela não

se conforma e em quais limites não o faz com a decisão recorrida. No exato instante em que a parte apela, deve expressar contra o que recorre, e em que limites o faz. As razões são simples acessórios e servem apenas para embasar o inconformismo nos parâmetros já estabelecidos, devendo, portanto, simplesmente seguir a sorte do principal” (com destaques, uma vez mais, meus).

E é, afinal, nessas mesmas, e precisas a meu ver, perspectivas, que se alinha correlato entendimento pretoriano pátrio, que pode, em sucinta referência a variegados pontos, ser assim dimensionado:

A extensão da apelação, em processo penal, é determinada pela petição ou termo de interposição, não podendo ser ampliada ou restringida quando da oferta das respectivas razões, a não ser que estas sejam apresentadas no quinquídio legal (cf. *RTJ* 139/495, 134/240, 87/455, 51/414, 41/339; *RT* 740/511, 728/543, 615/262, 605/278, 601/419, 423/474; *Jurispr. do TJESP, Lex* 198/312, 185/316; e complemento, também, de Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 383): “São fixados na petição, e não nas razões, os limites do recurso”;

Quando haja pluralidade de acusados, omitido o nome de qualquer deles na petição ou no termo de interposição do apelo, se as razões a ele se referirem, o órgão jurisdicional *ad quem* não deverá conhecer do recurso, dado o trânsito em julgado da sentença que o tenha absolvido ou apenado a menor do que o pretendido pelo Ministério Público, assistente ou querelante recorrente (cf. *RT* 731/576, 475/312).

É indispensável, também, seja esclarecido, desde logo, na petição de interposição do recurso contra sentença definitiva, no que consiste o inconformismo manifestado pela parte recorrente (cf. *RT* 545/376; *JUTACrim-SP, Lex* 89/322).

Aduzida, outrossim, a esses focados posicionamentos, a inadmissibilidade de aplicação de regramentos processuais civis aos recursos penais (cf. voto do Min. Xavier de Albuquerque, na *RTJ* 87/456-459); é de ser considerada, em inafastável complemento, a aplicação analógica do art. 593, III, do CPP, como já alvitrado em julgados da Suprema Corte de Justiça brasileira (v., a respeito, *RTJ* 134/254-255, em voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, com indicação de vários precedentes); inclusive – permito-me aduzir –, no tocante às restrições impostas aos apelos interpostos contra julgamento do Tribunal do Júri (e.g. *RTJ* 139/495, 136/606, 130/1.186, 127/929, 81/48, 75/243, 41/339; *RT* 765/573 e 682, 720/432, 656/270, 584/332; *Jurispr. do TJESP – Lex* 215/325, 208/288, 198/312).

De outra banda, o difundido entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se cristalizou em acórdãos conduzidos pelo Ministro Celso de Mello (como o publicado na *Rev. Trim. de Jurispr.*, vol. 134, p. 240), com a asserção de não poder o Ministério Público, após interpor recurso amplo, limitar a extensão temática das razões de apelação (“A extensão temática do efeito devolutivo dos recursos interpostos pelo Ministério Público deriva da maior ou menor ampli-

tude dos limites por ele próprio estabelecidos em sua petição recursal, que poderá restringi-los a tópicos determinados da sentença ou estendê-lo a todas as questões que foram – ou poderiam ter sido – examinadas pelo ato decisório recorrido”), somente pode ser tido como ajustado ao regramento da *isonomia processual*, conectário do preceito constitucional consubstanciado na *igualdade de todos perante a lei*, na medida em que contemplativo, também, da situação inversa, isto é, aquela em que o órgão ministerial, formulando proposição *tecnicamente inepta*, em face de sentença proferida em processo penal com vários acusados, deixe de nomear o recorrido ou os recorridos, e/ou de definir a exata extensão do manifestado inconformismo.

Vêm a pelo, a esse propósito, dois escólios jurisprudenciais, emanados, também, do Excelso Pretório pátrio, a saber:

Um deles, contendo a séria e sábia advertência do Min. Bilac Pinto, no voto condutor do julgamento do RHC 52.548-GB, que bem reflete situação assemelhada à dos ora examinados autos: “(...) Assim sendo, *é inequívoco que a apelação, quando interposta, visava somente parte da decisão, já que, primeiro, a sentença não era só absolutória*, segundo, os denunciados e julgados *eram nove*. E as razões, postas nos autos após escoado o prazo de cinco dias, *não podem ter o efeito de suprir a omissão, consciente ou inconsciente, da petição de interposição*. Certo o parecer do Procurador Hélio Pinheiro da Silva, a dizer que *‘o representante do Ministério Público acabou ficando na intenção de apelar em relação ao paciente’* (...)” (RTJ 72/28, com destaques meus); e

Outro, estampado na supra citada (e, sem dúvida, a mais importante obra publicada em nosso País sobre) *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, capitaneada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, no vol. 2, às p. 2.814-2.815, e que vem a calhar também, pela sua pertinência, ao trato do tema ora abordado, *verbis*:

“Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Apelação do Ministério Público. Anulação de julgamento pelo Tribunal. Decretação da prisão dos réus, sem que a medida tivesse sido requerida na apelação do Ministério Público. Impossibilidade. Súm. 160-STF. ‘I. Não pode o Tribunal acolher apelação do Ministério Público por fundamento não constante do recurso. II. Precedentes do STF: RC 1.260-CE, Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 76/672; HC 56.927-ES, Min. Cordeiro Guerra, RTJ 90/70; HC 56.580-SP, Min. Leitão de Abreu, RTJ 90/825; Rec. 91.791-CE, Min. Soares Muñoz, RTJ 98/811; HC 60.027-MG, Min. Décio Miranda, RTJ 103/1023; HC 61.697-RS, Min. Francisco Rezek, RTJ 109/556; HC 68.109-PE, Min. Celso de Mello, RTJ 136/606; HC 68.878-RJ, Min. Celso de Mello, RTJ 140/140 e HC 73.399-SP, Min. Maurício Corrêa, DJ 03.05.1996. III. *Habeas corpus* deferido. Extensão do co-réu Ivan Carzo de Castro’ (STF, HC 75.668, rel. Carlos Velloso, DJU 13.02.1998)”.

Ex positis, despicendas, à evidência, tornam-se mais alentadas considerações acerca do grave equívoco cometido pela Turma Julgadora da examinada

apelação, ao tomar conhecimento do recurso, em relação ao acusado absolvido, Carlos Alberto de Oliveira Santiago, ante os termos em que posta (e, conseqüentemente, delimitada) a insurgência do Ministério Público na analisada petição de interposição. E isso, tanto mais quanto se tenha presente que, a rigor, "as razões não são essenciais à integração do apelo, pois se processa ele com ou sem razões, como dispõe o art. 601 do citado Código" (de voto do Min. Thompson Flores, *RTJ* 93/975; e certo que a referência é ao Código de Processo Penal).

2.4 Inexistência de provisoriedade na execução penal

2.4.1 Equivocidade da ordem de expedição de mandado de prisão

Aliás, e ao que tudo indica, a essa falha de percepção somou-se outra, de igual gravidade, e que, embora transcenda do objeto da *consulta*, como acentuado no preâmbulo deste *parecer*, não pode deixar de ser, também, considerada e sobrelevada: refiro-me, já agora, e por fim, à ordem de expedição de mandado de prisão, singelamente contida na súmula do julgamento analisado, ou seja, dando a entender que, com o pronunciado decreto condenatório, se deverá proceder, de imediato, a uma *execução provisória* do decidido em segundo grau de jurisdição, mesmo estando sujeito a recurso o *decisum*.

Realmente, a determinação de prisão do condenado, pelo simples fato da condenação, estabelecida em ato decisório recorrido, ou recorrível (decorrente, portanto, e meramente, de julgamento de mérito sujeito a recurso), a par de aberrar do sistema vigente em nosso ordenamento jurídico, afronta a preceituação contida no inciso LVII do art 5.º da CF, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Como já tive a oportunidade de anotar, em diversos escritos (v., por todos, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 401 *et seq*; com lastro nos magistérios, dentre outros, de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed., Coimbra : Ed. Coimbra, 1984. vol. 1, p. 215; e Danielle Saint-Laurent, *Principes de droit constitutionnel et pénal*. Quebec : Modulo, 1986. p. 117), segundo o transcrito mandamento constitucional, tem o cidadão envolvido numa *persecutio criminis* o direito à não consideração prévia de culpabilidade, isto é, o de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de *decisum* condenatório.

Ora, isso significa que ele somente poderá ter decretada sua *prisão provisória*, quando esta assumia natureza cautelar (casos, unicamente, de *prisão em flagrante*, *temporária* ou *preventiva*); vale dizer, quando ela não se apresente

com caráter meramente processual, posto que resultante, simplesmente, de ato decisório recorrido, ou recorrível.

E, assim sendo, mesmo que este só possa ser impugnado mediante recurso especial ou extraordinário, recebíveis a processamento apenas no efeito devolutivo, impõe-se, para a segregação prévia do condenado, que o ato decisório proferido por órgão jurisdicional colegiado de segundo grau, simultaneamente com a condenação, decreta a prisão preventiva com supedâneo num dos requisitos estatuídos no art. 312 do CPP.

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

2.4.2 Breve verificação do sistema executivo penal

Há mais, porém, a considerar.

Com efeito, *inexiste em nosso sistema executivo penal a denominada execução provisória*: a Lei 7.210, de 11.07.1984, ao regulamentar a execução de ato decisório condenatório, contempla, tão-somente, aquele que, preclusos os prazos para os respectivos recursos, tenha *transitado em julgado*.

Tanto isso é certo, que o par. ún. do art. 22 alude a preso provisório, ao qual são concedidos os mesmos direitos e determinados os mesmos deveres do preso definitivamente condenado (cf. arts. 39, par. ún., 40, 41 e 42).

Ademais, mencionado Diploma legal estabeleceu um, *único*, pressuposto (certamente, jurídico) da execução penal, qual seja o *título executivo consubstanciado em sentença condenatória coberta pela coisa julgada*; expressando o conjunto dos arts. 105, 107, 171 e 172, que ninguém poderá ser recolhido a estabelecimento prisional, ou internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sem a respectiva guia, expedida pela autoridade judiciária competente, *após o trânsito em julgado da sentença impositiva de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança*.

Ora, incumbe ao intérprete, na aplicação da lei, a par da verificação dos fins sociais aos quais ela se destina, observar detidamente o sistema em que se posta, buscando fazê-lo exegeticamente.

Como, a esse propósito, agudamente, intuiu a Desa. Federal do Tribunal Regional da 3.^a Região, Suzana Camargo, em voto proferido no julgamento do HC 97.03.038827-2, de São Paulo, e de todo ajustável a situações como a preconizada neste *parecer*,

“O sistema jurídico é um conjunto uniforme e sincrônico de normas, pelo que não há como considerar umas normas e não outras, ou mesmo, sob o pretexto de estar a aplicar uma regra, procedendo a responsabilização penal do

agente do crime, olvidar outras que representam garantias outorgadas a esse próprio agente.”

E, de resto, para não me alongar demasiada e desnecessariamente, faço minhas as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. cit., vol. 4, p. 374; e de Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 86, a saber:

Expressa Tourinho Filho que “não é pelo fato de a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível haver perdido o caráter de ‘provisória execução da pena’ que a Justiça deva justificá-la, sob outro fundamento (...)”; e

Enfatiza Magalhães Gomes Filho, com mesma exação, *verbis*: “(...) Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada”.

3. Conclusão

3.1 Resposta à consulta formulada

Isso tudo, devidamente expendido, respondo à *consulta* formulada, afirmando, com a necessária convicção, que a examinada apelação do Ministério Público não devia ser conhecida pela Turma Julgadora do recurso; sendo nulo, portanto, o julgamento que a conheceu e proveu, em relação a Carlos Alberto de Oliveira Santiago.

E, em complemento entendido oportuno e indispensável, aduzo que, mesmo assim não fosse, a expedição de mandado de prisão não deverá constituir resultado do simples fato da condenação.

Isso porque, como foi logo acima explicitado, se isso acontecer, a ordem de prisão consistirá, indubitavelmente, em *constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção*, a ser combatido, também, pela via heróica do *habeas corpus*.

Esse o meu *parecer*, s.m.j.

São Paulo, 18 de outubro de 1999.