

A CAUTELARIDA NA EXECUÇÃO CRIMINAL

THE PRECAUTIONARY IN CRIMINAL ENFORCEMENT

ARION ESCORSIN DE GODOY

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Defensor Público no Rio Grande do Sul.

a_godoy21@yahoo.com.br

RESUMO

O presente ensaio aborda a adoção de medidas cautelares pessoais pelos Magistrados no âmbito da execução criminal. Para tanto, é feita a delimitação teórica do *poder geral de cautela* e sua aplicação ao processo penal, tanto na fase de conhecimento, quanto na executória. Enfoca-se, contudo, com especial destaque a suspensão cautelar do livramento condicional e a regressão cautelar do regime de cumprimento da pena, bem como o manejo do referido *poder* em benefício do apenado. A metodologia empregada é a hermenêutica, tendo por referencial decisões judiciais, legislação e doutrina.

Palavras-chave: cautelaridade; execução; penal; poder.

ABSTRACT

This paper discusses the adoption of personal protective measures by Magistrates under the criminal enforcement. Therefore, the theoretical definition of the general power of caution and its application to criminal proceedings, both at the stage of knowledge, as is done in enforceable. It focuses, however, with particular emphasis on precautionary suspension of parole and injunctive regression regime of imprisonment, as well as the management of that power for the benefit of the convict. The methodology is hermeneutic, with the referential judgments, legislation and doctrine.

Keywords: criminal; enforcement; precautionary; power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 PODER GERAL DE CAUTELA: FUNDAMENTO NORMATIVO E PANORAMA NO PROCESSO PENAL; 2 A CAUTELARIDADE NA EXECUÇÃO PENAL; 2.1 A suspensão cautelar do cumprimento do livramento condicional; 2.2 A regressão cautelar de regime de cumprimento da pena 2.3 A cautelaridade *pro reo* na execução criminal; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Execução Penal é tida por parcela da doutrina e da jurisprudência como um capítulo à parte do Processo Penal. Não obstante, conquanto se reconheça que deva ser atribuída certa

autonomia ao processo executivo, eis que apresenta certas peculiaridades e, sobretudo, porque parte de um pressuposto diverso da fase de conhecimento - nesta, a dúvida sobre a responsabilidade penal; naquele, a *certeza processual* sobre a materialidade e a autoria -, crê-se que não se pode abandonar por completo noções elementares do Processo Penal, especialmente por estruturar-se em teoria muito mais evoluída, sob o ponto de vista acadêmico, legal e jurisprudencial.

Todavia, o que se verifica, notadamente, na jurisprudência, é que o trato conferido à Execução se revela estranho não só ao processo de conhecimento, mas também à própria Constituição. No âmbito da Execução ainda se admitem prisões *automáticas*; confunde-se fundamentação com mera indicação de dispositivos legais, a despeito da indispensável vinculação entre a realidade fática e o quadro normativo; reconhece-se o poder geral de cautela do Magistrado para decretar medidas restritivas da liberdade, o mesmo não ocorrendo, por exemplo, quando se trata de atribuir efeitos suspensivos a agravos em execução, ao simples argumento de “inexistência de previsão legal”, contrariando a premissa referida; enfim, a Execução Penal merece ser pensada e adequada a um processo penal garantista, balizado pela Constituição, observadas, naturalmente, suas particularidades.

Por isso, tem-se como objetivo fundamental do presente ensaio estabelecer uma coerência entre o poder de cautela aplicado na execução criminal, tendo por referência a Constituição da República, assegurando harmonia ao sistema jurídico e respeito à supremacia constitucional. Para tanto, o método empregado é o hermenêutico, sendo objeto de pesquisa a legislação vigente, a doutrina, porém, em especial, a jurisprudência de nossos Tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça em cotejo com a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

1 PODER GERAL DE CAUTELA: FUNDAMENTO NORMATIVO E PANORAMA NO PROCESSO PENAL

Nem o Código de Processo Penal, nem a Lei de Execução Penal ou outro regramento esparso, atribui expressamente ao Magistrado o tal *poder geral de cautela*. De fato, toma-se a

noção emprestada da previsão normativa do artigo 798 do Código de Processo Civil¹, do qual se extrai

[...] uma autorização concedida ao Estado-Juiz para que, além das medidas cautelares típicas, previstas no próprio Código de Processo Civil (como o arresto e o seqüestro), ou em outras leis (como é o caso da medida cautelar fiscal, regulada pela Lei nº 8.397/92), possa também conceder medidas cautelares atípicas, ou seja, medidas não descritas abstratamente em qualquer norma jurídica, quando medidas típicas não se revelarem adequadas à garantia da efetividade no processo principal.²

Logo, a ausência de expressa previsão normativa acarreta diversos inconvenientes, conforme alerta Scarance Fernandes³:

Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal têm sido feitos a partir dos ensinamentos vindos do processo civil e grandes têm sido as dificuldades para ajustar as construções teóricas daquele processo ao processo penal. Além das dúvidas existentes nos estudos da cautelaridade no processo civil e das divergências entre as orientações da doutrina processual civil, surgem problemas adicionais em face de exigências e características próprias do processo criminal. Tome-se como exemplo a dificuldade em se identificar o *periculum in mora* nas medidas cautelares reais penais [...]

Resta evidente, neste ponto, que a existência do dito poder de cautela no âmbito criminal pressupõe a adesão à corrente que propugna uma maior comunicação entre o direito processual civil e o direito processual penal ou mesmo uma teoria geral do processo. Ilustrativamente:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

a) Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, **com fundamento no poder geral de cautela do magistrado**, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade. [...] (HC 114.734/ES, Rel. Ministro

¹ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 01 mai. 2014

² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume III**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 280.

PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009) (destaque nosso)

[...] 1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008) 3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem." 7. Ordem indeferida. (HC 101830, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-082 DIVULG 03-05-2011 PUBLIC 04-05-2011 EMENT VOL-02514-01 PP-00079 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 417-424 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 317-325)

No oposto, Aury Lopes Junior⁴ é enfático em refutar a aventada possibilidade:

No processo penal, **não existem medidas cautelares** inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. [...] no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a **limites e à forma legal**. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a **menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais** a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é construção dos tais "poderes gerais de cautela. (destaque nosso)

E prossegue,

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal exatamente em um ponto que devemos respeitar suas categorias próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. **Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica)** afirmar que, para decretação de uma prisão cautelar, é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode

⁴ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese⁵. (destaque nosso)

No mesmo sentido:

No que se refere às medidas cautelares de natureza pessoal, ou seja, restritivas do direito de liberdade da pessoa humana, entendemos não ser possível o emprego de medidas inominadas, não só pela gravidade que representariam, mas também em virtude da interpretação sistemática da Constituição Federal, que, no artigo 5º, assegura diversos direitos do preso, bem como pela estrita ligação com o direito substancial existente nas prisões provisórias, o que pode ser extraído do art. 42 do CP, que permite a detração.

Portanto, em relação às medidas cautelares relacionadas à prisão, vigora o princípio da “tipicidade de direito substancial”, só sendo permitidas as prisões provisórias taxativamente previstas em lei⁶.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça apresenta precedentes no sentido do não cabimento de medidas cautelares - no âmbito do processo de conhecimento, anteriormente à reforma do regramento pertinente, em face da prevalência da presunção de inocência e da legalidade estrita:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ARTIGO 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no artigo 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência. [...] (HC n. 128599 / PR, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data do Julgamento: 07/12/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 17/12/2010) (destaque nosso)

Por último, como uma corrente intermediária, defende-se a possibilidade de manejo do referido *poder* quando em benefício do réu ou do condenado:

De modo geral, a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha

⁵ LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 158.

⁶ FREIRE JR, Américo Bedê. MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009, p. 79.

previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa.⁷

Portanto, o que se evidencia é a existência de contenda doutrinária e jurisprudencial acerca da viabilidade do *poder geral de cautela* no âmbito do processo penal, sendo possível identificar, entretanto, uma prevalência da corrente que entende pelo seu cabimento. Contudo, em nossa avaliação, é dificultoso admitir, à luz da Constituição, tal construção, por manifesta violação à legalidade estrita, o que resta ainda mais agravado pelo fato de que a previsão normativa existente encontra-se inserta no Código de Processo Civil, o qual, embora se comunique com o regramento processual penal, encontra limites nos escopos e princípios deste, como os que se verificam na situação enfocada.

Porém, acaso se admita a aplicação desse *poder*, é evidente que devemos guardar o mínimo de coerência e estender sua incidência para a Execução Penal - e para todas as hipóteses. Vale dizer: ou existe poder geral de cautela e se aplica sempre que pertinente, ou não existe e não se aplica. A realidade prática entretanto revela que a possibilidade de manejo desse *poder* dá-se segundo conveniências, principalmente *punitivistas*, sendo admitida em hipóteses de limitação de direitos fundamentais, mas não naquelas em que de qualquer modo a cautela possa ser aplicada em resguardo a liberdades e garantias do apenado, em incoerência que sequer se procura justificar a partir de alguma razão jurídica minimamente convincente.

2 A CAUTELARIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Nesse contexto, não surpreendem os problemas de cunho acadêmico com que nos deparamos sempre que ousamos escrever a respeito da Execução Penal, sob qualquer ângulo que se pense. Diversamente do que se verifica em relação ao Processo Penal, em que há disponibilidade de notáveis obras, para todos os gostos e paixões, quando o assunto é Execução Criminal vemo-nos limitados a estudos que valorizam aspectos pragmáticos, redigidos com base na acrítica leitura da lei de regência, elaborada nos auspícios da Ditadura Militar e anterior à Constituição Republicana, sem qualquer empreendimento de *filtragem constitucional*. Por este

⁷ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010, p. 926.

motivo, é dificultoso trazer à colação posicionamentos doutrinários específicos e críticos sobre o objeto de estudo.

Isso, contudo, em nosso sentir, não desvaloriza o trabalho, por se supor que careceria de mais aprofundada pesquisa, mas sim o enriquece, na medida em que revela a ousadia de se abordar temática em que os estudos ainda são inexpressivos, se comparados aos saberes afins. É o que justamente se passa, também, com a cautelaridade ou mesmo com o *poder geral de cautela* na execução criminal.

Inicialmente, destaca-se que, nesta seara, o referido *poder* encontra maior reconhecimento jurisprudencial. Ilustrativamente:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. FALTAS GRAVES. A decretação cautelar da regressão de regime é viável quando necessária para assegurar o cumprimento da pena, impedindo que o apenado, capturado em flagrante delito, venha a empreender nova fuga do presídio. Poder geral de cautela conferido ao juiz (art. 66, VI, da Lei de Execução Penal). Agravo provido. (Agravo Nº 70034578518, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 14/04/2010)

[...]1. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o Apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

2. Evidenciando-se a prática de falta grave, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional pelo Juiz das Execuções, sem a exigência da oitiva prévia do condenado, necessária apenas na regressão definitiva.

[...]/(HC 230.189/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

[...]2. A suspensão do livramento condicional, por meio de uma interpretação conjugada do art. 87 do Código Penal com o art. 145 da Lei de Execução Penal, iluminada pelo poder geral de cautela do juiz das execuções penais, pode ser autorizada quando o liberado deixa de cumprir as obrigações que lhe são impostas. In casu, o paciente, há mais de três anos, deixou de comparecer, como lhe fora imposto, ao patronato - situação que não foi corrigida nem mesmo com a expedição de mandado de prisão.

[...] (HC 113.642/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 25/04/2011)

O motivo subjacente ao reconhecimento de se diz partiria do argumento de que o Juiz da Execução Criminal exerce, para além de uma função imparcial de julgador, a missão de fiscalizar o cumprimento da pena, conforme artigo 66, inciso VI, da LEP⁸, com a seguinte

⁸ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

redação: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: [...]VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”.

Nesse sentido:

[...] A execução penal não segue o mesmo procedimento previsto para a ação de conhecimento, a Lei de Execução Penal prevendo a legitimidade de diversos sujeitos aos incidentes da execução, e não a legitimidade exclusiva do Ministério Público, como naquela última - art. 195 da LEP. Dever do juiz da execução de zelar pelo regular cumprimento da pena - art. 66, VI da LEP. Não infringência ao princípio da imparcialidade do juiz, que, em matéria de execução penal, não tem a conotação emprestada pelo agravante. [...] (Agravo Nº 70048467229, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 30/05/2012)

Contudo, da simples leitura do excerto transcrito se observa que a Lei realmente atribui ao Juiz a função de fiscalizar o cumprimento da pena, mas em nenhum momento traz referência de que se possa inferir uma ampla autorização ao Magistrado para adotar medidas cautelares que entenda necessárias, à semelhança do que se extrai do artigo 798 do CPC⁹.

Ou seja, do raciocínio exposto emerge uma *generosa* interpretação extensiva. E, ainda que se admita que o artigo 66, inciso VI, pretendeu autorizar o que a jurisprudência afirma, reputa-se que, do mesmo modo, há violação ao princípio da legalidade estrita, uma vez que essa *estrita* legalidade, enquanto garantia do sujeito frente ao poder punitivo do Estado, não pode conceber a *extensiva interpretação* em desfavor do penitente.

Assentadas tais premissas, delas retiram-se, pelo menos, duas questões de destacada importância. A primeira, referente à suspensão cautelar do livramento condicional por circunstância que, embora constitua falta grave, não se identifique com a hipótese de prática de novo fato criminoso. A segunda, relativa à regressão cautelar do regime de cumprimento de pena. É o que será abordado a seguir.

2.1 A suspensão cautelar do cumprimento do livramento condicional

⁹ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 01 mai. 2014

O artigo 145 da Lei de Execuções Penais¹⁰ autoriza a suspensão do cumprimento do livramento condicional quando praticada outra infração penal:

Art. 145. Praticada pelo liberado **outra infração penal**, o Juiz **poderá** ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final. (destaque nosso)

O primeiro ponto a observar é que a legislação de regência autoriza - mas não obriga, a decretação da prisão, por meio do vocábulo *poderá*. Não obstante, a jurisprudência majoritária aplica a possibilidade de prisão indistintamente, como se tratasse de prisão *automática*. Bem ilustra a afirmação as ementas que seguem:

EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NOTÍCIA DE COMETIMENTO DE NOVO DELITO PELO BENEFICIÁRIO. SUSPENSÃO, NA FORMA DO ARTIGO 145 DA LEP, INDEPENDENTEMENTE DO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. APENAS A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO EXIGE A SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70050673268, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 23/11/2012)

AGRAVO DA EXECUÇÃO (ART. 197 DA LEP). LIVRAMENTO CONDICIONAL. APENADO SOB LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL SUPERVENIENTE. MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, QUE DEVE VIGER, CONTUDO, NO MÍNIMO, ATÉ A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NO NOVO PROCESSO-CRIME, E, NO MÁXIMO, ATÉ A DATA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NO NOVO PROCESSO EM TELA, EXCEÇÃO FEITA À HIPÓTESE DO APENADO IMPLEMENTAR, ANTES DA SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NO REFERIDO FEITO, A PENA CARCERÁRIA DEFINITIVA ORA SOB CUMPRIMENTO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL Nº. 38.282-5, CASO EM QUE DEVERÁ SER EXTINTA A SUA PUNIBILIDADE, INCONTINENTI, COM FORÇA NO ART. 90 DO C.P.B., C/C O ART. 66, INC. II, DA L.E.P. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo Nº 70049698772, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 02/08/2012)

Contudo, é patente que a prisão em questão, ainda que relativa a pessoa condenada, apresenta nítido contorno cautelar e *preventivo*, já que decretada em razão de novo fato pelo qual ainda não se obteve a *certeza processual* sobre a culpa do apenado. Desse modo, não há

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

como deixar de observar os pressupostos gerais para decretação da prisão preventiva, notadamente, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Logo, em situações como a que trata a ementa supra, relativa a fato onde sequer houve denúncia, não há como persistir a segregação.

Outrossim, é interessante observar que ninguém melhor que o Juiz da ação penal superveniente para apreciar a presença dos requisitos da prisão cautelar, exceto em situações pontuais, como no caso de que o Juízo da Execução constata que o apenado praticou diversos fatos delituosos, especialmente, em comarcas diversas, e que, isoladamente, não justificam a prisão preventiva. Aí sim seria pertinente a intervenção do Juiz da Execução Criminal, visto que a pena não estaria cumprindo as *finalidades* declaradas na Lei de Execução.

Ainda, não há como se esquecer que, na prática, muitas vezes o apenado permanece preso pelo Juízo da Execução, quando a ação penal posterior está fadada à absolvição. É extremamente recorrente que, instruída a ação penal e não se evidenciando elementos mínimos de materialidade ou autoria, o Juízo processante expeça alvará de soltura, quando preso, porém, aguarde alguma diligência ou mesmo a apresentação de memoriais. Nessa hipótese, de forma absolutamente desnecessária - e ilegal - o penitente permanecerá recolhido, sem qualquer razão consistente. E mais: a ação penal perderá a *prioridade* de réu preso, não obstante o apenado, na prática, continue segregado por aquele fato, porém, por ordem do Juízo da Execução.

Nesse caminho, é que segue minoritária jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho:

DIREITO PENITENCIÁRIO. A SUPOSTA PRÁTICA DE NOVO FATO DEFINIDO COMO CRIME, NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA, SEM TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, NÃO SUSPENDE O LIVRAMENTO CONDICIONAL, TAMPOUCO CONFIGURA FALTA DISCIPLINAR GRAVE, COM AS RESPECTIVAS PUNIÇÕES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. - Somente o trânsito em julgado da sentença condenatória legitima a suspensão do livramento condicional, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. A necessidade de encarceramento do apenado deve ser avaliada pelo juízo do processo de conhecimento, que poderá decretar sua prisão, e não o da execução - ou seja, o próprio sistema apresenta a solução. - A suposta prática de novo crime não configura prática de falta disciplinar grave, deslegitimadas todas as punições daí decorrentes, tais como a regressão de regime, a alteração da data-base e a cassação do tempo remido. AGRAVO DEFENSIVO PROVIDO. POR MAIORIA. (Agravo Nº 70035560101, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 19/05/2010)

Agravo em execução penal. Livramento condicional. Suspensão pela prática de novo delito: agressão ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Período de prova: ante a impossibilidade de suspensão do livramento condicional quando ausente trânsito em julgado da sentença condenatória específica, não há como prorrogar o período de prova. Negaram provimento ao recurso ministerial e, de ofício, afastaram a prorrogação do período de prova. (Agravo Nº 70047993167, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/04/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE OUTRO DELITO. SUSPENSÃO QUE SE VINCULA À SITUAÇÃO PROCESSUAL DO NOVO PROCESSO. 1. A suspensão do livramento condicional pela prática de novo delito não é automática, conforme se verifica no artigo 145 da LEP. 2. Havendo prisão processual nos autos do novo processo, a suspensão decorre pela ausência de possibilidade de cumprimento das condições do livramento. Por isso, a suspensão vincula-se à situação processual da prisão no novo processo. Modificada essa situação, desaparecer a motivação da suspensão. O mesmo ocorre quando da sentença no novo processo. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. (Agravo Nº 70051128841, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 08/11/2012)

Ainda, em face do reconhecimento incontestado do *poder geral de cautela* no âmbito da execução criminal, não há razão idônea para não se admitir a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, estampadas na Lei Federal 12.403/2011¹¹, de modo que a prisão não só deve ser necessária, como deve ser demonstrado que nenhuma outra providência cautelar pode ser suficiente no caso concreto.

Outra questão importante é na hipótese de prática de falta grave, dentre as elencadas no artigo 50 da LEP¹², diversa da prática de *outra infração penal*. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela possibilidade com amparo no *poder geral de cautela*:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. SUSPENSÃO. INTELIGÊNCIA CONJUGADA DO ART. 87 DO CP E DO ART. 145 DA LEP. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO. [...] 2. A suspensão do livramento condicional, por meio de uma interpretação conjugada do art. 87 do Código Penal com o art. 145 da Lei de Execução Penal, iluminada pelo poder geral de cautela do juiz das execuções penais, pode ser autorizada quando o liberado deixa de cumprir as obrigações que lhe são impostas. *In casu*, o paciente, há mais de três anos, deixou de comparecer, como lhe fora imposto, ao patronato - situação que não foi corrigida nem mesmo com a

¹¹ BRASIL. Lei nº 11.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 mai. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 mai. 2014.

¹² BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 mai. 2014.

expedição de mandado de prisão. [...] (HC 113.642/RJ, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 25/04/2011)

Porém, já chegou - também - a conclusão oposta, em pelo menos duas oportunidades:

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS - LIVRAMENTO CONDICIONAL - DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS - SUSPENSÃO CAUTELAR DO BENEFÍCIO ANTES DA INQUIRÇÃO DO CONDENADO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - CAUSA DE REVOGAÇÃO FACULTATIVA QUE NÃO ADMITE A SUSPENSÃO CAUTELAR - ORDEM CONCEDIDA. [...]

II. Na hipótese de prática de novo crime (revogação obrigatória), a Lei das Execuções Penais (artigo 145) prevê a possibilidade de suspensão cautelar do benefício, posto que a revogação depende do aperfeiçoamento da coisa julgada condenatória penal, circunstância que, via de regra, leva tempo e, normalmente, somente ocorre após o escoamento do período de prova.

III. Por outro lado, não há previsão legal para a suspensão caso se trate de descumprimento injustificado das condições impostas (revogação facultativa), motivo pelo qual se mostra imprescindível a prévia oitiva do condenado para a deliberação acerca da revogação ou não do benefício.

IV. Ademais, como essa hipótese não demanda tempo excessivo (ao contrário da revogação obrigatória, que depende do aperfeiçoamento da coisa julgada condenatória penal), não há razão para a criação de hipótese de suspensão cautelar quando a lei não o fez.

V. Ordem concedida. (HC n.º 123.040/RJ, Rel. Ministra Jane Silva, DJe de 03.11.2009)

PROCESSO PENAL. PENA. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMPARECIMENTO TRIMESTRAL EM JUÍZO. DESCUMPRIMENTO. SUSPENSÃO CAUTELAR. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. CONTRADITÓRIO. SUPRESSÃO. DEFESA. CERCEAMENTO.

O procedimento relativo à execução penal é judicial (art. 194 da LEP) e, portanto, regido pelo princípio da legalidade, demanda, em favor das partes e acusados em geral, o exercício do contraditório, para assegurar ampla defesa.

A jurisprudência desta Corte Superior é iterativa no admitir a suspensão cautelar do livramento condicional quando o liberado pratica nova infração. A suspensão cautelar do livramento, com expedição de mandado de prisão, sem a oitiva do liberado ou de seu defensor, porque lhe subtrai direito subjetivo, constitui constrangimento ilegal.

Ordem concedida, para determinar o recolhimento do mandado de prisão e, bem assim, que a Defesa Técnica seja ouvida, em prazo a ser fixado pelo Juízo da Execução, sobre o descumprimento das condições do livramento condicional. (HC n.º 28.503/RJ, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ de 29.03.2004)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem jurisprudência predominante¹³ no sentido de possibilidade de suspensão cautelar da benesse, independente da razão específica. Ilustrativamente:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES. SUSPENSÃO O CAUTELAR DO BENEFÍCIO E EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. MANUTENÇÃO. Apenado que descumprira uma das condições que lhe foram impostas quando da concessão do benefício, o que autorizaria a revogação do benefício, com base no art. 87 do CP. Justificada, portanto, a decisão que suspendeu o benefício e determinou a expedição de mandado de prisão, estando o apenado em local incerto e não sabido, para que compareça ao juízo para justificar-se. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70037085487, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 16/12/2010)

Posto isso, conclui-se que a Lei de Execução Penal autoriza a suspensão cautelar do livramento condicional tão somente na hipótese de prática de outra infração penal. Contudo, a jurisprudência majoritária, lamentavelmente, vem atribuindo a suspensão indistintamente - sem observância dos pressupostos cautelares - e mesmo em hipóteses que a Lei não contempla - outras faltas graves.

2.2 A regressão cautelar de regime de cumprimento da pena

Diversamente do livramento condicional, a regressão cautelar de regime de cumprimento da pena não encontra respaldo legal em nenhuma hipótese, tratando-se de pura construção pretoriana, com amparo no *poder geral de cautela*. Ilustrativamente:

[...]
2. Evidenciando-se a prática de falta grave, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional pelo Juiz das Execuções, sem a exigência da oitiva prévia do condenado, necessária apenas na regressão definitiva.
[...] (HC 230.189/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

¹³ Aqui faz-se uma ressalva. Reiteradamente tratamos de *jurisprudência predominante*. É claro que tal conclusão se chega a partir de pesquisa pelo sítio do Tribunal respectivo. Contudo, a toda evidência, não são todos os julgados que são publicados nesta ferramenta e não existe acesso às decisões de primeiro grau e que, em última análise, prevalecem em grande parte das situações. Por isso, não se desconhece que muitos Magistrados, neste ponto, compartilham do entendimento tratado como minoritário. Porém, são as limitações do sistema que, talvez, induzam-nos a compreensões equivocadas.

EXECUÇÃO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Não existe nenhum constrangimento ilegal no fato do apenado, recapturado de uma fuga, ficar provisoriamente em regime fechado até o julgamento de seu caso. Aliás, cumprindo pena em regime semi-aberto e constatada a falta grave citada, a consequência jurídica na execução de sua pena será a aplicação das punições previstas em lei e, entre elas a regressão de regime. No sentido, tem-se manifestado as Cortes Superiores, exemplo: "A punição por falta grave é resultado de um processo administrativo em que se devem assegurar a ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade. O condenado que, em regime semi-aberto, comete infração disciplinar de natureza grave sujeita-se à regressão prisional, nos exatos termos do inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal." (STF) DECISÃO: Habeas corpus denegado, por maioria de votos. (Habeas Corpus Nº 70048515555, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 24/05/2012)

Chega-se ao ponto de se afirmar que a regressão cautelar seria até mesmo *presumida*, evidenciando tratar-se, outra vez, de *prisão automática*, independente da análise dos pressupostos das prisões cautelares - e da fundamentação da necessidade da medida:

Sendo de praxe a regressão cautelar, a mesma deve ser presumida. Correta, assim, a eleição do novo termo como sendo o da última recaptura. 3. Remição. Decisão que não dispôs a respeito. Não conhecimento no ponto. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO. NO PONTO QUE CONHECIDO, NEGADO PROVIMENTO. (Agravo Nº 70047793062, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 18/04/2012)

E aqui se autorizam as mesmas observações feitas quanto ao livramento condicional. Não há como se aceitar prisões *automáticas*, eis que, reitera-se, vige a presunção de inocência quanto ao novo fato, uma vez que a *certeza processual* de culpa se limita ao primeiro fato. Não há como se admitir decretações de prisão em hipóteses não previstas em lei, sob pena de malferir a legalidade estrita.

2.3 A cautelaridade *pro reo* na execução criminal

Diante do exposto, pode-se afirmar com segurança que a incidência do *poder geral de cautela* é amplamente admitida em sede de execução criminal. Não obstante, é de se destacar que essa *cautela* acaba sendo *esquecida* nas hipóteses em que o seu manejo implica benefício ao apenado, com o que se subverte a lógica dos direitos fundamentais, especialmente os de primeira dimensão, na medida em que visam restringir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão. Apenas para ilustrar, invocamos precedentes do Tribunal de Justiça

Gaúcho acerca da concessão de prisão domiciliar, quando, no exercício da função fiscalizadora atribuída pelo mesmo artigo 66, VI, da LEP¹⁴, o Juízo se depara com o apenado cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecido em sentença:

AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP). PRISÃO DOMICILIAR. DELITO DE TÓXICOS (ARTIGOS 33 E 40-III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, C/C ARTIGO 61-I, DO CP). Ré condenada como infratora a mencionado dispositivo legal, que está cumprindo a sanção carcerária em regime fechado. O artigo 117, da LEP, somente permite a concessão do benefício da prisão domiciliar a apenada do regime aberto, quando for maior de setenta anos, estiver acometida de doença grave, possuir filho menor ou deficiente físico ou mental ou sendo a condenada gestante. No caso, a ré, embora tenha filhos menores de idade, está cumprindo pena em regime fechado e inexistente previsão legal para o deferimento da prisão domiciliar nesta circunstância, restando ferido o princípio da legalidade e a própria LEP, devendo ser mantida a decisão ora fustigada. AGRAVO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70047046255, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 15/03/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE FILHOS MENORES E INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO DOMICILIAR. Agravo improvido. (Agravo Nº 70050525070, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 21/11/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. O argumento do apenado de que no Albergue encontram-se misturados os presos que cumprem pena no regime semiaberto e aberto não é impedimento de caráter absoluto. Decisão que indeferiu o benefício da prisão domiciliar mantida. AGRAVO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70048783963, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 14/11/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. A prisão domiciliar é resguardada a casos especialíssimos, conforme estabelecido no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, não podendo tal pedido ser feito somente com fundamento na falta de vagas e interdição do presídio local, com a consequente transferência para outra comarca, pois isso implicaria no desvirtuamento da aplicação do Direito Penal. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo Nº 70048466155, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 09/05/2012)

Ora, se o *poder geral de cautela* decorre exatamente do dever de *fiscalização* da execução da pena, não há como justificar a ausência de providências judiciais quando o Magistrado, justamente ao *fiscalizar* o cumprimento da pena, depara-se com excesso em

¹⁴ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

execução ocasionado pela execução da pena em condições mais duras do que as previstas na decisão judicial.

O mesmo se passa com o entendimento predominante do Tribunal de Justiça Gaúcho quanto ao não cabimento de *habeas corpus* nas hipóteses em que seja viável o manejo de agravo em execução. Sem adentrar a questão de que se cuida de restrição a cabimento de remédio constitucional sem qualquer amparo normativo, reputa-se que o Tribunal deveria ao menos conceder a ordem de ofício se evidenciada a ilegalidade, a exemplo do que se tem observado em nossos Tribunais Superiores, quando entendem pelo não cabimento do remédio heroico. Nesse caminho:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. Comutação e indulto. Matéria afeita ao Juízo das Execuções Criminais, cuja decisão é passível de ataque na via própria do agravo em execução. Ausência de interesse processual de agir do impetrante/paciente, por inadequação da via processual eleita. HABEAS CORPUS DENEGADO DE PLANO. (Habeas Corpus Nº 70052468402, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 07/12/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. Unificação de penas e suas consequências. Matéria afeita ao Juízo das Execuções Criminais, cuja decisão é passível de ataque na via própria do agravo em execução. Ausência de interesse processual de agir do impetrante/paciente, por Inadequação da via processual eleita HABEAS CORPUS DENEGADO DE PLANO. (Habeas Corpus Nº 70051510691, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 11/10/2012)

Contudo, o que não se cogita é a possibilidade de o Magistrado ler a peça, verificar a ilegalidade e pura e simplesmente não conhecer do pleito.

O mesmo se dá com a concessão de efeito suspensivo nos agravos em execução. Aqui se faz a ressalva de que o entendimento é aplicado tanto para recursos do Ministério Público, quanto para recursos defensivos. Entretanto, indiscutivelmente, é a defesa quem acaba mais prejudicada, principalmente por ser quem, estatisticamente, interpõe a maior parte dos agravos, e, em regra, busca a liberdade do recorrente.

De todo modo, o artigo 197¹⁵ é silente quanto ao cabimento do efeito suspensivo, no que se apoiam jurisprudência e doutrina majoritárias ao afirmarem sua inviabilidade. Nesse sentido:

¹⁵ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

Agravo em execução que não tem efeito suspensivo - art. 197 da LEP - não tendo o art. 5º do Decreto a aplicação pretendida pelo recorrente. Confirmação da decisão primeva, por esta Corte, que, por ser meramente declarativa, retroage à data do reconhecimento da falta - efeitos "ex tunc". AGRAVO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70041833393, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 11/05/2011)

Uma posição intermediária admite que pela impetração de *habeas corpus* se atribua tal efeito ao agravo em execução:

HABEAS CORPUS. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO EM EXECUÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA. NÃO-CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. Não é cabível a impetração de *habeas corpus*, quando se trata de matéria de competência do juízo das execuções criminais. Apenas em situações excepcionais, se o postulante demonstra suas alegações e existir perigo de irreversibilidade de lesão a direito, este Colegiado tem admitido o *habeas corpus* e concedido a ordem para atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução. Precedente da Câmara. Caso dos autos em que o impetrante se limita a tecer meras alegações sem qualquer comprovação, não caracterizando situação excepcional que possa ensejar o conhecimento do *habeas corpus* para a concessão de efeito suspensivo ao recurso previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal. HABEAS CORPUS DE QUE NÃO SE CONHECE. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Habeas Corpus Nº 70031263056, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 21/07/2009)

A situação causa perplexidade.

Ora, uma vez que se admite o *poder geral de cautela* como prerrogativa ínsita à atividade judicante - independente, pois, de requerimento -, qual a necessidade de um *habeas corpus* para a suspensão dos efeitos de um recurso de agravo? Ou seja, em se admitindo que o Tribunal, ao receber o agravo, poderia conceder esse efeito suspensivo até mesmo de ofício, absolutamente excessiva a exigência de impetração do remédio heroico.

Outrossim, entende-se que não há sentido em se exigir uma *situação excepcional* para atribuir tal efeito. Deveria bastar o preenchimento dos requisitos gerais que autorizam, em casos outros, a suspensão dos efeitos da decisão; ou, então, pura e simplesmente, não se admite esse expediente - e se afasta o *poder de cautela* em todas as hipóteses. O que causa espécie são essas arbitrarias gradações, inclusive, como se houvesse claros limites entre uma situação *excepcional* e aquela que, embora não seja *excepcional*, preencha os requisitos gerais para o deferimento do provimento de urgência. Enfim, o foco deve ser o atendimento ou não dos pressupostos para concessão da tutela e não a eventual excepcionalidade da situação.

De maneira semelhante, quanto à excepcionalidade, é o que ocorre com o cabimento de liminar em *habeas corpus*. Identicamente, não há previsão legal para a medida, mas a jurisprudência a admite também em *situações excepcionais*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33- CAPUT, DA LEI N° 11.343/06). DEFERIMENTO DE LIMINAR (FLS. 16/17). CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE. Malgrado o caráter excepcional da concessão de liminar em Habeas Corpus, figura de criação pretoriana, tenho que o caso presente é de exceção, justificando a referida concessão. [...] (Habeas Corpus N° 70048046007, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 21/06/2012)

É patente que a concessão de liminar em *habeas corpus* não constitui a regra. Porém, a *excepcionalidade* referida não nos parece ser utilizada no sentido *estatístico* - de raras vezes ser concedida a ordem liminarmente -, mas no que tange ao próprio cabimento desse expediente, em face da ausência de previsão legal. Todavia, pertine aqui reiterar: ou se admite a liminar que há de ser concedida sempre que preenchidos os requisitos genéricos para a concessão da medida, com fundamento no *poder geral de cautela*, ou não existe *poder geral de cautela* e não se concede liminar.

Por último, cabe tecer considerações sobre a suspensão cautelar do cumprimento da pena restritiva de direitos. Tal expediente, em nossa avaliação, tem cabimento quando por, alguma razão, a pena restritiva não vem sendo cumprida e o condenado não é encontrado para justificar. Ainda, quando a execução da pena sequer teve início, eis que não localizado para a audiência admonitória. Em uma análise superficial, poderia se cogitar se tratar de providência *benevolente* e desnecessária. Todavia, não o é.

Primeiro, porque é sabido que a *clientela* criminal *preferencial* é composta, em sua maioria, de sujeitos de baixa escolaridade que, muitas vezes, seja por dificuldade de compreensão, seja por sequer saberem ler, não se atentam à obrigação inserta nos mandados judiciais de manter atualizado o endereço, de forma que a omissão nem sempre é voluntária.

Segundo, porque o encarceramento de alguém que faz jus a benefícios da espécie revela mais desvantagens do que vantagens, em razão da convivência nada sadia que se tem no ambiente carcerário brasileiro.

Contudo, o regramento vigente traz como única solução, no artigo 181 da LEP¹⁶, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, decisão de cunho definitivo que provoca o recolhimento do apenado, ainda que em casa do albergado.

E o argumento para o afastamento da solução proposta e aplicação exclusiva do dispositivo legal invocado é extremamente raso: a suspensão cautelar carece de previsão legal. No entanto, indaga-se: e a regressão cautelar do regime de cumprimento da pena, tem previsão legal? Notoriamente, não.

Portanto, em não sendo localizado o apenado para audiência admonitória ou mesmo para justificar ulterior descumprimento da pena restritiva de direitos, com base no *poder geral de cautela*, por uma questão de coerência, deve o Magistrado suspender o cumprimento da pena, ainda que com a expedição de mandado de prisão, acaso repute indispensável, no entanto, sem revogar definitivamente o benefício, o que deverá ser apreciado depois de sua oitiva em Juízo. Essa solução melhor parece conciliar o *direito* de punir do Estado e o devido processo legal.

CONCLUSÃO

Nesse cenário, verifica-se que o *poder geral de cautela*, de discutida aplicação no âmbito do processo penal de conhecimento, vem sendo largamente utilizado na execução criminal, extraído a partir do dever legalmente atribuído ao Magistrado de fiscalizar o cumprimento da pena.

Não obstante, nota-se que sua utilização acaba por violar a legalidade estrita, bem como a presunção de inocência, ambas garantias de envergadura constitucional, na medida em que tem sustentado prisões não só automáticas como despidas de qualquer fundamentação minimamente idônea. Se não bastasse, o referido *poder* vem sendo manejado preponderantemente em desfavor do apenado. Ou seja, sob o frágil argumento da *inexistência de previsão legal*, em hipóteses paralelas que também decorram da fiscalização do cumprimento da pena nega-se a possibilidade de atuação judicial segundo um *poder geral de cautela* ao mínimo indício de que essa interpretação possa, de qualquer modo, beneficiar o apenado.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

Depara-se, assim, com a clássica fórmula de injusta e arbitrária desigualdade: têm-se *dois pesos e duas medidas* para a legitimação do entendimento quanto à admissão de um *poder geral de cautela* em sede de execução criminal.

Importante ressaltar que, com essa conclusão, não se presume a má-fé dos Magistrados, o que se refuta frontalmente, mas apenas se constata a ausência da necessária reflexão sobre os institutos enfocados, a partir de posicionamentos que, se não guardam coerência com as mais básicas garantias de um Estado de Direito, mostram-se em perfeita conformidade com a *onda punitivista* que toma nosso país.

Posto isso, conclui-se que a execução penal, mais do que estudo, humanidade e atenção, carece de esforços por coerência, não só em relação à interpretação e aplicação das normas que se extraem do microsistema que se estrutura pela LEP, mas também, como é óbvio, no que diz respeito aos escopos e princípios maiores de nossa Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jun. 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 01 mai. 2014

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 mai. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume III**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

FREIRE JR, Américo Bedê. MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Recebido em: 05/01/2014 / Revisado em: 02/01/2015 Aprovado em: 20/01/2015