

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESOLUÇÃO N.º 19, DE 29 DE AGOSTO DE 2006, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

1. Intróito

O egrégio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fazendo uso do poder regulamentar que lhe foi outorgado no art. 103-B, §4.º, I, da Constituição da República (inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/04), editou, em 29 de agosto do corrente, a Resolução n.º 19, dispondo sobre a execução penal provisória, nos seguintes termos:

Resolução n.º 19, de 29 de agosto de 2006

Dispõe sobre a execução penal provisória.

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição Federal, especialmente o que dispõe o inciso I do §4º de seu artigo 103-B, e tendo em vista o decidido na sessão do dia 15 de agosto de 2006;

CONSIDERANDO a necessidade de possibilitar ao preso provisório, a partir da condenação, o exercício do direito de petição sobre direitos inerentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer;

CONSIDERANDO que para a instauração do processo de execução penal provisória deve ser expedida guia de recolhimento provisória;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar o sistema de expedição de guia de recolhimento provisória;

CONSIDERANDO o que dispõe o art. 2.º, da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984;

CONSIDERANDO, ainda, a proposta apresentada pela Comissão formada para estudos sobre a criação de base de dados nacional sobre a população carcerária;

RESOLVE:

Art. 1º. A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.

§1º. Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão “PROVISÓRIA”, em seqüência da expressão guia de recolhimento.

§2º. A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§3º. Estando o processo em grau de recurso, e não tendo sido expedida a guia de recolhimento provisório, às Secretarias desses órgãos caberá expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Art. 2º. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia de recolhimento.

Art. 3º. Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa.

Art. 4º. Cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições desta Resolução, no prazo de 180 dias.

Art. 5º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Pois bem, com o precípuo escopo de aguçar a reflexão sobre o tema versado no aludido ato normativo é que nos propusemos a analisá-lo, cotejando a natureza e atribuições constitucionais do CNJ, os limites de seu poder normativo e, obviamente, a disciplina legal existente sobre a matéria e os reflexos da Resolução em sede de execução penal.

2. O CNJ: Natureza, Poder Regulamentar e o Princípio da Reserva Legal

Antes de enfrentar o mérito das disposições contidas na Resolução CNJ n.º 19/06, é necessário o estabelecimento de algumas premissas, cuja aceitação nos parece estreme de controvérsia.

De proêmio, assevere-se que o CNJ tem natureza de órgão de controle externo (*rectius*, controle interno, tendo em vista que o mesmo integra o rol do art. 92 da CRFB) da atuação **administrativa** e **financeira** do Poder Judiciário, bem assim do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, §4.º, CRFB). Dentre os órgãos que integram o Poder Judiciário, o CNJ é o único órgão desprovido de função jurisdicional típica, porquanto concebido, ontologicamente, para o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

Nos termos do art. 103-B, § 4.º, I, da CRFB, ao CNJ compete "*zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, **no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências*". Assim é que a EC n.º 45/04, ao tempo em que conferiu poder regulamentar ao CNJ (função normativa atípica), limitou tal faculdade ao âmbito de sua competência, vale dizer, encerra-se tal poder normativo ao controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, além da fiscalização do cumprimento, pelo magistrados, de seus deveres funcionais.

Não há, portanto, em relação ao CNJ, qualquer exceção ao controle das decisões jurisdicionais: estas continuam sofrendo o controle pelo próprio Poder Judiciário através de mecanismos eminentemente processuais, quais sejam, os recursos e ações autônomas de impugnação.

De outro giro, ainda sob os auspícios da vigente Carta Política, a competência legislativa para a disciplina do direito processual foi deferida, privativamente, à União Federal (art. 22, I, CRFB), competindo aos Estados Federados a organização da sua Justiça através das respectivas Constituições estaduais e leis de organização judiciária (art. 125, §1.º, CRFB). Em consequência, sobre o regramento do direito processual incide o **princípio da reserva legal**, no sentido de que apenas por lei em sentido formal, *in casu*, dimanada da União Federal, pode ser o tema regulado em nível infraconstitucional.

Assentadas tais premissas, pode-se inferir do texto da Constituição, sem elevados esforços hermenêuticos, que:

- a) ao CNJ, órgão de controle externo (*rectius*, interno) do Poder Judiciário, compete a fiscalização da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário, e funcional dos magistrados, seara dentro da qual encontra-se limitado o seu poder regulamentar sendo-lhe **vedado o controle da função jurisdicional**; e
- b) sobre a disciplina do direito processual incide o *princípio da reserva legal*, vale dizer, seu regramento depende da edição, pelo Poder Legislativo, de atos normativos, dotados de generalidade e abstração portanto.

Diante dessa perspectiva, sem olvidar do brilhantismo dos membros do CNJ, a disciplina da execução penal provisória estatuída na Resolução n.º 19/06, com a devida vênia, encontra-se maculada pela eiva da inconstitucionalidade, já porque exorbitou o CNJ do poder regulamentar que lhe foi constitucionalmente deferido (art. 103-B, §1º, I, CRFB), já porque, para além disso, veiculou matéria reservada à lei formal, em indevida apropriação da competência legislativa da União e dos Estados (arts. 22, I, e 125, §1º, CRFB).

Pelos fundamentos ora trazidos à baila, estaria a Resolução a desafiar declaração de inconstitucionalidade, via ação direta, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*, CRFB), dados os seus caracteres de generalidade e abstração, mediante provocação por qualquer dos legitimados do art. 103 da CRFB, salvo aqueles constantes dos incisos IV, V e VI, por ausência da necessária pertinência temática, ou, ainda, por entidade de classe de âmbito nacional representativa dos interesses dos Magistrados (inciso IX).

3. Controle jurisdicional da atuação do CNJ

Ainda como decorrência da divisada inconstitucionalidade da Resolução, e sem prejuízo do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, parece-nos que uma eventual determinação de observância pelos juízes de primeiro grau e órgãos fracionários dos Tribunais de Justiça (art. 1.º, *caput* e §3º, da Resolução n.º 19/06), no sentido de obrigá-los à expedição da guia de recolhimento provisório, pode ser afastada, no caso concreto, pela via do mandado de segurança, a ser ajuizado por magistrado que se veja de qualquer modo constrangido ou eventualmente punido por ato do CNJ orientado à obediência da Resolução. O processo e julgamento do *writ* competiriam ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *r*, CRFB), e a ação mandamental teria por objetivo a preservação das prerrogativas constitucionais conferidas aos magistrados em geral, os quais devem obediência apenas à lei (*lato sensu*) e à sua consciência.

Aceitas como verdadeiras as proposições anteriormente vertidas, revela-se de todo despicienda a análise do mérito da Resolução n.º 19/06. No entanto, com o objetivo de compreender o real alcance de seus sucintos termos e harmonizá-los com o sistema de execução penal provisória vigente no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, passaremos ao arrostamento das questões que da mesma exsurgem, com a finalidade única, vale repetir, de convidar à reflexão os operadores do direito.

4. A disciplina da execução penal provisória

Como é cediço, a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) jurisdionalizou a execução penal. Na verdade, a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve judicial e administrativamente, mas não se desconhece a existência de um processo de execução penal, no âmbito do qual há de necessariamente ser observada a cláusula do *devido processo legal* e seus princípios corolários: o contraditório e a ampla defesa.

A execução provisória da pena, originada a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial, ainda não encontra balizamento em nosso direito positivo. De acordo com a mais autorizada doutrina e jurisprudência, inclusive do STF e do STJ, consiste a execução provisória na possibilidade da produção imediata de determinados efeitos de uma sentença penal condenatória, na pendência de recursos desprovidos de efeito suspensivo, sem que tal viole a presunção de não culpabilidade estatuída no art. 5.º, LVII, da CRFB, posto que idealizada para que o réu preso possa usufruir, desde logo, de determinados benefícios previstos na Lei de Execução Penal. Não se cogita, portanto, da possibilidade de execução penal provisória na hipótese de o réu responder ao processo com *status* de réu solto, ocasião em que a execução provisória violaria, aí sim, a garantia individual da presunção de não culpabilidade.

Uma vez transitada em julgado a sentença para a acusação (ou versando o recurso tão somente quanto ao regime de cumprimento da pena imposta), na pendência de recurso exclusivo da defesa, viabilizada estará a execução provisória da pena, porquanto vigente em nosso ordenamento o princípio da *non reformatio in pejus* (art. 617 do CPP). Aqui há verdadeiro

consenso: para aqueles que admitem a possibilidade da execução penal provisória, esta será possível apenas quando verificada uma de duas situações:

a) sentença penal condenatória transitada em julgado para acusação (ou atacada por recurso versando apenas acerca do regime de cumprimento de pena); e

b) pendência de recurso exclusivo da defesa desprovido de efeito suspensivo.

5. O problema da execução penal provisória ex officio

Eis que surge, em decorrência da assunção da natureza processual da execução penal, um primeiro inconveniente de ordem eminentemente técnica quanto à redação empregada na Resolução n.º 19/06, do CNJ. É que, quando da motivação do ato normativo, foi ressaltada “a necessidade de possibilitar ao preso provisório, a partir da condenação, o exercício do direito de petição sobre direitos pertinentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer”. Paradoxalmente, no entanto, a parte dispositiva da Resolução (art. 1º, *caput*) traz em si a injunção de **expedição de guia de recolhimento provisório** (leia-se Carta de Sentença para a Execução Provisória da pena) **já quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios**.

Em primeiro lugar, ao não distinguir entre o réu que responde ao processo em liberdade daquele que responde como réu preso, incorreu a Resolução em manifesta impropriedade, tendo em vista que, sendo deferido ao réu o direito de recorrer em liberdade, nenhum sentido há na expedição automática, na sentença ou no acórdão, da guia de recolhimento provisório.

Por outro lado, negado o direito de recorrer em liberdade e estando o decreto condenatório sujeito a recurso da acusação ou defensivo, o condenado ostenta ainda o caráter de preso provisório – não obstante a controvérsia doutrinária acerca da natureza da prisão após a sentença condenatória, cuja exposição sobrepuja o escopo da presente exposição – sob a tutela, pois, do Juízo cognitivo. Daí a aparente contraditio in terminis da Resolução.

É que ao condenado, por motivos de conveniência e oportunidade (*princípio dispositivo* ou *princípio da demanda*), pode não interessar o ajuizamento do pedido de execução provisória da pena imposta, hipótese em que a sua deflagração ex officio estaria a configurar manifesto constrangimento ilegal, haja vista a ausência de previsão legal para esse atuar jurisdicional de ofício. Note-se que o *princípio da inércia da jurisdição* (ne eat iudex ex officio) admite exceções, mas penas aquelas previstas em sede própria, isto é, nos estatutos processuais e leis processuais extravagantes em vigor, sendo certo que a Resolução n.º 19/06 não se encontra aí compreendida.

Sobre a falta de interesse pelo apenado em iniciar a execução provisória, basta imaginar a hipótese, relativamente comum em processos com trâmite perante a Vara de Execuções Penais deste Estado, em que o réu, condenado em um único processo criminal, esteja recolhido à prisão em Cadeia Pública (leia-se Casa de Custódia) no distrito da culpa, localizada em longínqua Comarca do interior. Pense-se que no local residam os seus familiares e que o mesmo seja pelos mesmos regularmente visitado e que, em virtude seu bom comportamento carcerário, exerça alguma função laborativa intramuros (os vulgarmente denominados presos “faxina”). Dúvida não pode haver de que a manutenção de sua custódia na hipótese aventada atende, a um só tempo, aos interesses do condenado – que tem as agruras do cárcere amenizadas pela presença dos familiares e pela atividade laboral, da Administração Penitenciária – que certamente prefere ter sob sua custódia um apenado de bom comportamento, e por que não dizer da própria Lei de Execução Penal – que tem por finalidade a harmônica integração social do condenado (arts. 1º e 103, da Lei n.º 7.210/84).

Inclusive pelas razões acima invocadas, vige no âmbito da Vara de Execuções Penais deste Estado o entendimento, emanado pelo meritíssimo Juiz Titular, **Dr. Carlos Augusto Borges**, no sentido de não devem ser recebidos os pedidos de execução penal provisória ajuizados por Defensores Públicos sem a comprovação da aquiescência do condenado, que pode ser manifestada pela simples afirmação de necessidade jurídica, com a indicação da Defensoria Pública para o patrocínio de seus interesses. Busca-se com tal medida remediar a deflagração indevida de execução provisória pela Defensoria Pública, assim entendida aquela requerida em dissonância aos interesses do apenado, que no mais das vezes acaba por valer-se do remédio heróico do habeas corpus para o restabelecimento do seu status quo. Diga-se que esta exigência não abrange, por óbvio, os pedidos de execução provisória ajuizados por advogado, pois o instrumento de mandato faz presumir a concordância do preso com o início da execução de sua pena.

Note-se que a aplicação indiscriminada do art. 1º da Resolução importaria prejuízo incontestável ao réu figurado no exemplo acima, pois a deflagração de ofício do processo de execução de sua pena importa o ingresso em unidade do sistema penitenciário adequada ao seu regime de pena, em regra distante da Comarca na qual residem os familiares, dificultando a visitação, sem mencionar as condições pouco confortáveis de nossas unidades prisionais. Lembre-se, ainda, a possibilidade de que o réu obtenha, em grau de recurso, a sua absolvição, hipótese em que muito melhor seria aguardar por sua liberdade no distrito da culpa.

A providência determinada pela Resolução, nestes termos, afigura-se de todo indesejável, pois discrepa da mens legis insculpida na Lei de Execução Penal, sempre voltada para a reinserção social do condenado, bem como pelo fato de que, no mais das vezes, a medida converterá o instituto da execução penal provisória, originariamente idealizado para o benefício do condenado, em instrumento de lesão a direito subjetivo, reparável pela via do habeas corpus.

Diferente situação é observada no caso de o condenado já estar cumprindo pena por outro processo, hipótese em que a expedição automática da guia de recolhimento provisório se afigura recomendável, seja para a inclusão do *quantum* da nova pena no cálculo, seja para suspensão de eventual benefício de que venha usufruindo (exempli gratia, o livramento condicional) e assim por diante.

6. A interpretação da Resolução n.º 19/06

Abstraida a questão ponderada no item 2 acima, concernente à possível inconstitucionalidade do ato normativo em comento por invasão da competência legislativa da União sobre direito processual, não se desconhece a necessidade e utilidade da uniformização em âmbito nacional da disciplina da execução provisória, com a sua adoção por todos os órgãos do Poder Judiciário que nessa matéria prestem a jurisdição.

Nesse passo, tendo em mira o aproveitamento das disposições contidas na aludida Resolução, formulamos a proposta de uma interpretação da mesma conforme o entendimento consolidado na doutrina processualista, objetivando imprimir uniformidade aos procedimentos em sede de execução penal provisória, dado o espectro nacional do poder normativo do CNJ (embora, repita-se, esse poder normativo não abarque a matéria versada na Resolução). Em nossa humilde opinião, o art. 1.º da referida Resolução deveria ser aplicado desde que assim entendido: *"A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso **exclusivo da defesa e sem efeito suspensivo**, devendo*

*ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal, **desde que o preso já esteja cumprindo pena por outro processo**".*

Com a adoção dessa fórmula, entendemos restar preservada a higidez da concepção doutrinária e jurisprudencial acerca da execução penal provisória, embora fosse de todo aconselhável a reforma da Lei n.º 7.210/84 neste particular, com vistas ao atendimento do *princípio da reserva legal* e das injunções constitucionais quanto à competência legislativa para a disciplina do direito processual e quanto ao limite do poder normativo do CNJ.

7. Conclusão

Estas são as nossas primeiras impressões acerca do tema, que apesar de despido de grande complexidade científica, reclama uma acurada análise por parte da comunidade jurídica, dada a relevância dos efeitos que possivelmente serão produzidos em sede da execução penal com a aplicação irrefletida da Resolução n.º 19/06. Sem a pretensão de haver esgotado as questões que permeiam o tema, esperamos haver, de algum modo, contribuído para o melhor entendimento da disciplina da execução penal provisória e o recente tratamento dispensado à mesma pelo colendo Conselho Nacional de Justiça. Feitas tais considerações, resta-nos, por ora, aguardar a manifestação acadêmica e jurisprudencial sobre a questão.

Daniel Vasquez Zuazo
Chefe do Serviço de Habeas Corpus,
Mandado de Segurança e Agravo
Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro