

Luiz Renato Telles Otaviano

**EFICIÊNCIA E GARANTISMO NO PROCEDIMENTO DA
EXECUÇÃO PENAL**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Luiz Renato Telles Otaviano

**EFICIÊNCIA E GARANTISMO NO PROCEDIMENTO DA
EXECUÇÃO PENAL**

Dissertação de conclusão de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre à Banca examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Professor Doutor Antonio Scarance Fernandes.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2007**

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antonio Scarance Fernandes

Prof^ª. Dr^ª. Iara Rodrigues de Toledo

Prof. Dr. José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira

Araçatuba, 15 de junho de 2007.

*Dedico este trabalho à minha esposa
Carolina e meu filho Henrique, meu pai
Antonio e minha mãe Elza, pelo
permanente incentivo, incessante apoio,
inesgotável paciência e compreensão.*

Agradeço a todos que acreditaram e confiaram em mim. Aos professores do programa de mestrado em Direito da Unitoledo, em especial à Professora Doutora Iara Rodrigues de Toledo e ao Professor Doutor José Sebastião de Oliveira. À acadêmica Cristiane Rodrigues, pela valiosa colaboração. E ao Professor Doutor Antonio Scarance Fernandes, pela inestimável contribuição, e humildade digna dos grandes mestres.

*Duvidar de tudo e crer em tudo são duas
soluções igualmente convenientes que nos
livram de ter que pensar.*

Henri Poincaré

Resumo

O trabalho trata da eficiência e garantismo no procedimento na execução penal jurisdicionalizada, encarado como direito fundamental indispensável à imposição de limites à supremacia estatal frente ao condenado. O procedimento é analisado, em confronto com a evolução científica do direito processual e da execução penal, até culminar na completa jurisdicionalização, considerada única forma de possibilitar o respeito à ordem constitucional vigente. Estabelece-se um procedimento modelo, adequado ao processo penal de conhecimento, que dá sustentação, por intermédio dos seus principais paradigmas, ao procedimento-modelo para a execução penal. Estudam-se os procedimentos a serem adotados na execução das penas privativas de liberdade e medidas de segurança, restritivas de direitos, e multa, além dos incidentes de execução, objetivando a verificação da eficiência e garantismo desses procedimentos, que dependerá da possibilidade de alcance dos fins da sanção penal, consistentes em repressão e prevenção do crime.

Palavras-chave: execução penal, procedimento, eficiência, garantismo.

Abstract

This paper works on the efficiency and guarantee on the jurisdictional criminal execution procedure, faced as indispensable basic right to the imposition of bounds to the supremacy of the State in front of the condemned. The procedure is analyzed, facing the scientific evolution of the procedural law and the criminal execution, until it gets to the complete jurisdiction, considered the only way to make possible the respect to the effective constitutional order. It traces a model procedure, adjusted to the criminal proceeding of knowledge, which gives sustentation, through its main paradigms, to the model-procedure on the criminal execution. The procedures to be adopted on the execution of privative penalties of freedom and measure of security, restrictive of rights, and fine, beyond incidents of execution, are studied here, objectifying the verification of efficiency and guarantee of these procedures, which will depend on the possibility of reaching the bounds of the penalties, consistent on repression and criminal prevention.

Keywords: criminal execution, procedure, efficiency, guarantee.

Lista de abreviaturas

ag. - agravo

amp. - ampliado

art. - artigo

atu. - atualizado

cf. - conforme

CF - Constituição Federal

Const. - Constituição

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

DJU - Diário de Justiça da União

ed. - edição

HC - Habeas Corpus

inc. - inciso

LEP - Lei de Execução Penal

Min. - Ministro

n. - número

org. - organizador/organização

p. - página

rel. - relator

REsp. - Recurso Especial

RT - Revista dos Tribunais

rev. - revisado

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

ss. - seguintes

TACRIM - Tribunal de Alçada Criminal

vol. - volume

v. u. - votação unânime

SUMÁRIO

Introdução	15
I. Procedimento	17
1.1 Considerações iniciais	17
1.2 Direito Processual: Aspectos da evolução	18
1.3 Direito Processual e Constituição	22
1.4 Afirmação científica do Direito Processual e procedimento	24
1.4.1 Primeira fase: Procedimentalismo ou praxismo	25
1.4.2 Segunda fase: Processo como relação jurídica	26
1.4.3 Terceira fase: Processo como entidade complexa	29
1.5 Conceituação de procedimento	32
1.6 Procedimento como direito fundamental	35
1.6.1 Eficiência e garantismo como objetivos do procedimento	38
1.7 Natureza jurídica da execução penal	39
1.7.1 Teoria administrativista da execução penal	40
1.7.2 Teoria mista, ou intermediária da execução penal	41
1.7.3 Teoria jurisdicionalista da execução penal	43
1.7.3.1 Jurisdicionalização da execução penal: Aspecto histórico	44
1.8 Eficiência e garantismo no contexto de execução penal jurisdicionalizada	47
II - Procedimento-Modelo	54
2.1 Eficiência e garantismo como justificativas para um procedimento-modelo ..	54
2.2 As fases do procedimento-modelo	60
2.2.1 A fase de investigação	62

2.2.2 A fase de formulação da acusação, da reação defensiva e da admissibilidade da acusação	66
2.2.3 A fase de instrução probatória	71
2.2.4 A fase decisória	78
2.3 O procedimento-modelo na execução da sentença penal condenatória	83
2.3.1 Princípio da legalidade	84
2.3.2 Princípio da personalidade e proporcionalidade	86
2.3.3 Princípio da isonomia	88
2.3.4 Princípio da humanidade	88
2.4 As fases do procedimento-modelo na execução de sentença penal condenatória	89
2.4.1 A fase de delimitação da pretensão	90
2.4.2 A fase de instrução probatória	94
2.4.3 A fase de julgamento	96
2.4.4 A fase recursal	98
2.4.4.1 Agravo em execução penal	98
2.4.4.2 Embargos infringentes	102
2.4.4.3 Recurso Especial e Recurso Extraordinário	103
2.5 A coisa julgada na execução de sentença penal condenatória	104
III - Pena privativa de liberdade e medida de segurança. Procedimento	108
3.1 Pena privativa de liberdade. Considerações iniciais	108
3.1.1 Finalidade e justificativa da sanção penal	109
3.1.2 Sistemas penitenciários	113

3.2 Início da execução da pena privativa de liberdade. Expedição de guia de recolhimento. Procedimento	115
3.2.1 Expedição de guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Execução provisória. Procedimento	121
3.3 Liquidação da pena e o regime inicial de cumprimento de pena. Procedimento	125
3.4 Sistema progressivo de cumprimento de pena. Procedimento	128
3.5 Livramento condicional. Procedimento	136
3.6 Cumprimento de pena e a expedição de alvará de soltura. Procedimento	141
3.7 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena privativa de liberdade	145
3.8 Medida de segurança. Considerações iniciais	146
3.8.1 Finalidade e justificativa da medida de segurança	147
3.9 Execução da medida de segurança. Procedimento	149
3.10 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da medida de segurança	156
IV - Penas restritivas de direitos e de multa. Procedimento	157
4.1 Penas restritivas de direito. Considerações iniciais	157
4.2 Atual panorama das penas restritivas de direito	161
4.2.1 Caráter substitutivo e características das penas restritivas de direitos no Brasil	165
4.3 Penas restritivas de direito. Procedimento	174
4.3.1 Prestação de serviços à comunidade. Procedimento	174

4.3.2 Limitação de fim de semana. Procedimento	178
4.3.3 Interdição temporária de direitos. Procedimento	181
4.3.4 Prestação pecuniária e perda de bens e valores. Procedimento	184
4.4 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena restritiva de direitos	185
4.5 Pena de multa. Considerações iniciais	187
4.6 Conceito, características, cominação e aplicação da pena de multa	189
4.7 Pena de multa. Procedimento	194
4.8 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena de multa	201
V - Incidente de Execução. Procedimento	203
5.1 Incidente processual. Considerações iniciais	203
5.1.1 Incidente	204
5.1.2 Questão incidental	205
5.1.3 Procedimento incidental	207
5.1.4 Incidente processual	208
5.2 Incidente de execução	210
5.3 Procedimento incidental modelo	213
5.4 Conversões de pena. Considerações iniciais	217
5.4.1 Requisitos para as conversões de pena	218
5.4.2 Conversões de pena. Procedimento	221
5.5 Excesso ou desvio. Considerações iniciais	227
5.5.1 Excesso ou desvio. Procedimento	228
5.6 Anistia e Indulto. Considerações iniciais	229

5.6.1 Anistia e Indulto. Procedimento	230
5.7 Outros incidentes	233
5.7.1 Aplicação da lei mais benigna. Procedimento	234
5.7.2 Unificação de penas. Procedimento	234
5.7.3 Autorizações de saída. Procedimento	236
5.7.4 Remição de pena. Procedimento	237
5.7.5 Alteração da forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana. Procedimento	238
5.7.6 Extinção de pena e de medida de segurança. Procedimento	239
CONCLUSÕES	241
REFERÊNCIAS	245

INTRODUÇÃO

Responder, adequadamente, a algumas questões originadas nas restrições impostas ao condenado criminalmente durante a execução da sentença, foi o marco inicial da idealização deste trabalho. Com efeito, repele-se o argumento de que a execução da condenação enseja uma condição de sujeição especial, que dispensa, em determinadas situações, obediência aos preceitos processuais adquiridos e fortalecidos, a duras penas, ao longo do período de evolução e afirmação científica do Direito Processual.

Partindo disso, analisar o procedimento a ser adotado na execução penal é indispensável à garantia de respeito aos limites do título judicial, uma vez que somente um procedimento dotado de eficiência e garantismo é capaz de conter abusos cometidos em nome da condição de sujeição que se impõe pela condenação criminal.

O objeto do trabalho, como acima foi citado, é a fase de execução da sentença penal condenatória. O método utilizado é o lógico-dedutivo, baseado nas pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e em fontes legislativas, nacionais e estrangeiras.

O início se dará com o estudo do procedimento, partindo da evolução histórica do Direito Processual, passando pela afirmação científica e culminando com a moderna tendência de considerar o procedimento direito fundamental e voltado à eficiência e garantismo. Além disso, como ponto de partida, será analisada, também, a natureza jurídica da atividade desenvolvida durante a execução penal.

O segundo capítulo será destinado a demonstrar a validade, na busca da eficiência e garantismo, do estabelecimento de um procedimento-modelo dotado de paradigmas imprescindíveis, para o processo penal de conhecimento. Após, também para a

fase de execução penal, adequando-se os paradigmas então fixados, para a especialidade do procedimento destinada à execução penal.

Os capítulos seguintes serão destinados ao estudo das particularidades procedimentais de cada uma das espécies de pena, tendo-se em conta o procedimento-modelo e a necessidade de eficiência e garantismo. O terceiro será destinado às penas privativas de liberdade e medidas de segurança, e o quarto às penas restritivas de direitos e multa.

No quinto e último capítulo, será estudado o incidente de execução, iniciando-se pela adequada delimitação dos conceitos de incidente processual, questão incidental e procedimento incidental, para somente após, tratar do procedimento incidental modelo, e dos incidentes de execução típicos e outros passíveis de ocorrência, durante a execução penal.

I. PROCEDIMENTO

1.1 Considerações iniciais

As dúvidas a respeito de solução para o confronto, muitas vezes inevitável, na execução de sentença penal condenatória, entre os direitos do condenado e a situação de sujeição imposta pela condenação, em especial no caso de cumprimento de pena privativa de liberdade, sem se descuidar, entretanto, das outras espécies de pena, inspirou a idéia de estudar o procedimento judicial a ser adotado.

Busca-se a determinação dos limites razoáveis de restrição dos direitos diante da sentença, que perfaz título líquido e certo, e que, portanto, somente pode ser executada de acordo os exatos limites desta certeza e liquidez.

A execução penal jurisdicionalizada é entendida como única opção compatível com o conjunto de preceitos constitucionais vigentes, considerando-se impossível a execução de decisão penal condenatória, longe do abrigo da segurança fornecida pela atividade jurisdicional.

A idéia de procedimento como direito fundamental, colocado entre aqueles direitos que requerem uma ação positiva do Estado para a sua efetivação, calcada nos estudos recentes de grandes autores, preocupados com questão da efetividade dos direitos fundamentais¹, permeia o trabalho. O procedimento é considerado indispensável à atividade jurisdicional, para que possa ser dotada de efetividade e respeitadora das garantias do condenado.

Partindo desse pressuposto, será desenvolvido o estudo do procedimento no processo penal, estabelecendo-se, em linhas gerais, um procedimento-modelo, para após isso,

¹ Robert Alexy (2002, p. 454-455) cita Häberle, Hesse e Goerlich, como autores preocupados com a efetividade dos direitos fundamentais, relacionando a efetividade com a idéia de organização e procedimento.

adequá-lo à realidade da execução penal. Busca-se estabelecer, também, um procedimento-modelo, que servirá de base ao estudo das peculiaridades da execução da pena. As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança, restritivas de direitos e a pena de multa, serão analisadas no contexto de eficiência e garantismo como objetivos principais do procedimento previsto para o desenvolvimento da execução penal e em confronto com algumas legislações estrangeiras.

1.2 Direito Processual: aspectos da evolução.

O estudo do procedimento no campo processual penal, especificamente no que toca à execução da condenação criminal, tema do presente trabalho, passa necessariamente, pela evolução do Direito Processual e, obviamente, do próprio Direito no âmbito social. Pode-se afirmar com certa tranqüilidade, que o entendimento, quase pacífico, de que *ubi societas ibi jus* (CINTRA, 2000, p. 19), é consequência natural da evolução do Direito, que a seu turno, coincide com a evolução do próprio Estado, enquanto encarregado de harmonizar a sociedade solucionando seus conflitos por meio de decisões imparciais.

Por isso mesmo, a evolução contínua da sociedade está sempre a requerer algo novo, o aperfeiçoamento cada vez mais intenso da vida em sociedade e de seus principais mecanismos, entre os quais se coloca o Direito. Portanto, parte-se da idéia inicial de que o Direito deve sempre evoluir, pois o dinamismo social não permite a estagnação de seus instrumentos.

De início buscou-se, simplesmente, o fortalecimento do Estado a ponto de impor sua decisão aos cidadãos, mas há que se observar que a composição dos litígios por intervenção do Estado, nem sempre significou uma solução justa por critérios previamente definidos e imparciais, mesmo no campo penal, como mencionam Araújo Cintra, Grinover e

Dinamarco (Idem, p. 21):

A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou para si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.

Uma vez fortalecido o Estado, a ponto de impor suas decisões em substituição à vontade dos envolvidos em um conflito de interesses, não bastou a afirmação do direito à prestação jurisdicional², iniciou-se a busca por garantias que deveriam ser previamente estabelecidas para as partes em conflito. Atualmente, alcançados alguns destes objetivos, busca-se a solução de conflitos por meio de uma atividade estatal eficiente sem o comprometimento das garantias até então conquistadas.

E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado Social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça* (CINTRA, 2000, p. 25).

Atualmente, num Estado Democrático de Direito³, a questão de ordem é tornar a atividade jurisdicional eficiente, sem comprometer a observância das garantias das partes. Aliar eficiência e garantismo não é tarefa simples, encontrar o ponto de equilíbrio entre a estrita obediência aos direitos das partes em conflito, sem o comprometimento da efetividade da atividade jurisdicional, tornou-se o grande desafio.

Registre-se que a expressão garantismo terá no presente trabalho, tão somente a intenção de indicar o conjunto de garantias colocadas à disposição dos litigantes em geral, mais especificamente do sentenciado, no âmbito da execução da condenação

² Assumido, pelo Estado, o monopólio da administração da justiça, há de ser conferido ao membro da comunidade (inclusive, evidentemente, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar prestação jurisdicional em relação a determinado interesse em conflito com o de outrem (TUCCI, 2004, p. 55).

³ O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, igualmente para cercar os abusos eventualmente cometidos pelo Estado (que não são poucos) (NUCCI, 2007, p. 73).

criminal, a fim de possibilitar o direito ao contraditório, a defesa ampla e a limitação racional do exercício por parte do Estado de sua supremacia frente ao cidadão.

É de se registrar que a tomada pelo Estado do poder de solucionar os conflitos de interesses, ocorreu de forma paulatina, não sendo precisos os marcos em que se deu o desaparecimento de uma e o início da utilização de outra forma de composição desses conflitos. Da autotutela à jurisdição, muitos foram os avanços e retrocessos históricos, o aprofundamento no assunto, entretanto, não faz parte do nosso objetivo.

Em meio a esse contexto de evolução do Estado e do Direito, o Direito Processual fincou suas raízes científicas e conquistou autonomia em relação ao Direito Material, sendo que ao surgir um conflito de interesses em que o Estado seja chamado a exercer a atividade jurisdicional, será possível separar nitidamente o **Direito Material**, definido como “o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)” (Idem, p. 40), do **Direito Processual**, que pode ser conceituado como “o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado” (Idem, p. 40).

Os conceitos acima citados oferecem clara e objetiva distinção entre o Direito Material e Direito Processual, mas ainda assim, os autores não se furtam a esmiuçar a distinção, demonstrando comprometimento com o total esclarecimento da questão.

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial) (Idem, p. 40).

No que se refere ao Direito Processual Penal especificamente, já que até aqui a atenção esteve voltada para o Direito Processual como gênero, a autonomia é incontestável, eis que se trata de uma das suas espécies, sem embargo das diferenças existentes

entre os bens em litígio nos diversos tipos de processo, seja civil ou penal.

A obtenção por parte do Direito Processual de autonomia e afirmação científica não encerrou sua evolução, a partir daí novas necessidades apareceram como desafios aos estudiosos. O apego ao formalismo e o reconhecimento de garantias aos envolvidos num litígio acabou por transformar, em determinadas situações, o processo em fim em si mesmo, quando na verdade ele deve ser o meio a se utilizar para atingir um determinado fim, o instrumento pelo qual se alcançará o objetivo determinado.

A busca do equilíbrio entre o garantismo e a eficiência do processo, por intermédio do procedimento, será o enfoque principal deste trabalho. Buscar-se-á analisar o procedimento previsto para execução da condenação criminal, confrontando-o com a atual necessidade de oferecer eficiência num contexto garantista para o condenado criminalmente.

Desde já, imperioso salientar que a execução criminal percorreu, para não dizer percorre, caminho mais espinhoso, em razão de que o condenado já não ostenta todas as garantias colocadas à disposição do acusado, sendo que já se acha responsabilizado pela infração a uma norma penal. Daí a necessidade de se fazer garantir, na execução da sentença, o exercício pleno dos direitos não atingidos pela condenação penal.

Na condição de réu, o indivíduo goza de todos os direitos e garantias, sendo a privação de direitos, por exemplo, a prisão processual, vista como exceção. Por outro lado, após o trânsito em julgado da condenação criminal, nem sempre é fácil garantir o gozo dos direitos não atingidos pela condenação.

A forma como normalmente se coloca a questão já esclarece sua amplitude, eis que na realidade haveria de se questionar quais foram os direitos limitados pela condenação. Mas, ao contrário disso, usualmente se faz necessário ressaltar os direitos não atingidos por ela, como se a sentença penal condenatória colocasse o condenado numa situação de total sujeição ao Estado, quando na verdade o Estado é que deve, ao executar a

condenação, sujeitar-se às regulamentações e limites previamente estabelecidos.

1.3 Direito Processual e Constituição

Ao analisar a íntima ligação existente hoje entre Constituição e Direito Processual, verificamos que a inclusão de normas de cunho processual nos textos constitucionais se deu naturalmente, como consequência e necessidade lógica da própria evolução do Estado (Idem, p. 78).

Em meio a esse contexto, observou-se a introdução de garantias⁴ individuais nos textos constitucionais, como base à imposição, cada vez mais intensa, da observância por parte do Estado, como dos próprios indivíduos, de respeito aos direitos individuais do homem, em contrapartida ao fato de que o Estado, ao assumir o monopólio da solução dos conflitos de interesses, passou a ter uma possibilidade ilimitada de ingerência na vida humana, surgindo então a necessidade de imposição de limites a esse poder⁵.

O Direito Processual Penal, em especial, tem a característica marcante de garantir ao acusado que o Estado encontrará limites na sua atuação enquanto encarregado de punir os desafidores das normas penais incriminadoras. A necessidade de punição aos infratores das normas penais não é maior que a necessidade de se garantir uma persecução

⁴ *Garantias*. O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão freqüentemente se apossa dos governantes. Por isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciado este que a Constituição formaliza.

A expressão *garantias constitucionais*, contudo, tem duas acepções, uma ampla, outra estrita, conforme apontava Rui Barbosa. Em sentido lato, ensinava o mestre, “garantias constitucionais vêm a ser (...) acima de tudo providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então *garantias constitucionais* no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição” [...]

Em sentido estrito, e nesse é que a expressão interessa neste passo, “garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana” (Rui Barbosa, *Comentários à Constituição brasileira*, cit., v. 6, p. 278). Também se usa a expressão para designar ações que servem especialmente à proteção dos direitos fundamentais (remédios constitucionais), como o *habeas corpus* (FERREIRA FILHO, 1990, p. 24).

⁵ Sobre limitação do poder do Estado frente ao indivíduo ver Ferreira Filho (1999, p. 14).

penal justa e delineada pelas garantias oferecidas aos acusados, são esses os contornos que garantem o equilíbrio na atuação estatal, vista como forma de pacificação social⁶.

Se o fortalecimento do Estado foi necessário para se estabelecer o fim da vingança privada, por outro lado, o indivíduo restou fragilizado nessa disputa, daí surgindo a necessidade de imposição de regras de cunho garantista nas Constituições, mormente no campo processual penal⁷. Segundo Roxin (2000, p. 10) o Direito Processual Penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado, revelando a relação existente entre o Estado e o indivíduo, genericamente considerado.

Foi a Constituição Imperial do Brasil de 1824, segundo José Afonso da Silva (1998, p. 174), a primeira a inscrever no seu texto um rol de direitos individuais do homem, em que pese o fato de que se tem atribuído tal primazia a Constituição Belga de 1831. A característica de apresentar garantias individuais sempre acompanhou as Constituições brasileiras, inclusive, sendo ponto marcante da Constituição atual⁸.

Além dos textos constitucionais, limitados aos territórios dos seus respectivos países, em determinado momento, nasceu a necessidade de organização de textos contendo garantias individuais em âmbito internacional, homogeneizando a obediência às garantias nos países signatários. Scarance Fernandes (2000, p. 11-12) menciona várias declarações internacionais que nasceram após as guerras mundiais, destacando sua importância nesse cenário de evolução da relação entre o indivíduo e o Estado, baseada na positivação e solidificação da obediência aos direitos individuais.

⁶ Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal (JARDIM, 2005, p. 307).

⁷ A relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia da rigidez constitucional (Idem, p. 307).

⁸ Entre nós, as Constituições, desde o Império, contemplaram normas de garantia individual, sendo nesse aspecto pródiga a Constituição atual, que em seu art. 5º, apresenta extenso rol de regras destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos. A constituição atual manteve preceitos das anteriores Constituições. Acrescentou outros. Formam todos um conjunto de garantias que informam todo o sistema brasileiro. No plano processual, esse garantismo constitucional é reflexo da necessária relação que liga processo e Estado (SCARANCA FERNANDES, 2000, p. 12-13).

Nesse contexto, são fundamentais a Declaração dos Direitos Universais do Homem produzida na Assembléa das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos adotado pela Resolução 2.200 – a (XXI) da Assembléa Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

O garantismo constitucional, inevitavelmente, alcançou o processo, inclusive penal⁹, afinal, entre as garantias individuais mais importantes estão aquelas relacionadas ao direito de obter do Estado a prestação jurisdicional condicionada a normas preestabelecidas, ou seja, diante da necessidade de impedir abusos por parte do Estado, detentor do poder de impor suas decisões às partes, surgiu a necessidade de se preestabelecer regras a serem seguidas na atividade jurisdicional¹⁰.

Atualmente, as garantias processuais de índole constitucional são vistas mais como necessárias ao exercício da jurisdição por parte do Estado, do que propriamente como direitos públicos subjetivos dos litigantes (CINTRA, 2000, p. 121).

1.4 Afirmação científica do Direito Processual e procedimento.

Em meio à evolução do Direito Processual, o procedimento passou de ator principal a coadjuvante, reassumindo posição importante no final do século XX (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 23), até chegar a esse ponto, a evolução do procedimento pode ser dividida em três grandes fases, que correspondem às próprias fases do desenvolvimento teórico do Direito Processual.

⁹ A atual Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expresso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas, inclusive, da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal (TUCCI, 2004, p. 50).

¹⁰ Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do *procedimento* e do *processo*, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo (CANOTILHO, 1998, p. 268).

1.4.1 Primeira fase: procedimentalismo ou praxismo.

Num primeiro momento, processo e procedimento se confundiram, não se falava em autonomia do Direito Processual e tampouco em sua cientificidade, por isso, o processo nada mais era que o modo como os atos eram praticados em juízo, uma mera seqüência de atos que tinham por finalidade o reconhecimento judicial do direito subjetivo material¹¹.

Praxismo ou procedimentalismo são as denominações mais comuns dessa fase, onde o Direito Processual limitou-se a tratar dos atos e formas do processo, do seu caminhar até chegar ao ato final, a sentença, sem qualquer preocupação com a unidade processual ou interdependência entre as etapas que se sucediam.

O processo é enfim mera seqüência de atos coordenados que se desenvolvem até a sentença. Interessa apenas o seu caráter evolutivo, a marcha que ele desenvolve, o caminho que percorre de forma progressiva (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 70).

A total ausência de independência do Direito Processual em relação ao Direito Material delineou esta fase, daí surgindo a denominação *Direito Adjetivo*, inadequada hodiernamente, que indicava o processo como mera forma de manifestação do direito subjetivo material que necessitava da via judicial para se vivificar (CINTRA, 2000, p. 42).

Esse período de sincretismo é brilhantemente ilustrado por Dinamarco (2000, p. 86), ao ressaltar a relevância, na época, da edição do Regulamento 737:

Na história do direito processual brasileiro, foi bastante expressiva a edição de um mero *regulamento*, o Regulamento n. 737, para a disciplina do processo e das

¹¹ Na primeira fase, a do procedimentalismo, os estudos processuais giraram em torno do procedimento, e, por isso, o processo era concebido em face dos atos que o compunham, da forma como eram realizados e da seqüência observada na sua tramitação. Assim, João Monteiro definiu o processo como o “conjunto de atos solenes pelos quais certas pessoas legitimamente autorizadas, observando certas formas pré-estabelecidas, aplicam a lei aos casos concretos”. Galdino Siqueira, já no século XX, citando e acolhendo essa definição, explicou o processo como um conjunto de atos, “porque é da sua reunião e ordenação metódica, procedendo sempre os posteriores dos anteriores, que se pode ter mesmo processo, segundo sua etimologia (*pro*, adiante, *cedere*, ir, marchar)” (Idem, p. 23-24).

relações entre seus sujeitos. Isso era muito natural, para quem o considerasse como simples meio de exercício dos direitos: enquanto à *lei* cabia a disciplina dos direitos e obrigações, ditando-lhes estrutura, conteúdo e modo de ser, a maneira de exercê-los podia muito bem ser considerada matéria regulamentar, própria de um regulamento, como aquele de n. 737, baixado pelo Poder Executivo.

Expressão marcante desse período são os títulos das obras editadas pelos juristas, que demonstram a preocupação do estudo do processo tão somente em função da seqüência dos atos destinados ao provimento final. “*Práctica judicial* (Mexia de Cabrera, 1655; Villadiego, 1788), *Práctica civil* (Monterrosos y Alvarado, 1563), *Práxis Iudicium* (Cardoso do Amaral, 1610)”, no Brasil não foi diferente, ressaltando-se, *Praxe forense, ou diretório prático de processo civil brasileiro*, de 1850, escrito por Moraes de Carvalho e *Prática civil e comercial: apostilas de prática e praxe brasileira*, do Barão de Ramalho, de 1861 a 1874 (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 24).

1.4.2 Segunda fase: processo como relação jurídica.

A segunda fase tem como o mais importante marco inicial a obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen*, de autoria de Oskar Von Büllow, editada no ano de 1868 em Giessen. Embora não tenha sido ele o primeiro a citar a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos do processo (DINAMARCO, 2000, p. 88), não há controvérsia sobre a fundamental importância da obra para o despertar do Direito Processual como ramo autônomo do Direito, distinguindo a relação jurídica processual da relação jurídica material, reconhecendo a existência de pressupostos, objeto e sujeitos próprios àquela.

Indispensável, ainda, a lembrança da famosa polêmica envolvendo Windscheid e Müther, sempre mencionada como um dos pilares da afirmação científica do

Direito Processual¹².

Concomitantemente à afirmação científica do Direito Processual, o procedimento perdeu terreno nos interesses dos estudiosos, já que a relação jurídica, por si, oferecia contornos suficientes ao processo, essa nova visão rechaçava a idéia do procedimentalismo, de forma que o procedimento passou a ser visto como algo externo ao processo.

Se, até então, processo se confundia com procedimento, a partir da conceituação de processo como relação jurídica, ao procedimento restou apenas a idéia de forma como o processo se move, todo o significado material do processo se encontrava na idéia de relação jurídica, enquanto que ao procedimento limitava-se o aspecto formal, extrínseco.

A teoria do processo como relação jurídica difundiu-se nos países europeus e daí ganhou o mundo (SCARANCE FERNANDES, 2000, p. 35). No Brasil, destacou-se a obra *A Relação Jurídica Processual*, de Hélio Tornaghi, editada em 1945 e reeditada em 1987, onde se ressalta não só a adoção da teoria, inclusive para o processo penal, como também a idéia do réu como sujeito de direito e não mero objeto no processo penal.

Especialmente no que respeita ao processo penal, ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas em que se vêem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um.

Destarte, o acusado já não é mero objeto do processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz (Idem, p. 13).

Tal assertiva será fundamental para o desenrolar do presente trabalho, já que o seu ponto central é o procedimento na execução criminal, que não pode sequer ser cogitado

¹² Dos acontecimientos marcan como hitos el inicio de la ciência procesal, a mediados del siglo XIX. La historia destaca como tales la famosa polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, acerca del significado y alcance de la acción en el derecho romano, que se desenvolveu en el año de 1865; el outro acontecimiento radica en la publicación que hace OSCAR VON BÜLOW de su obra intitulada *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, en 1868 (QUINTERO, 2000, p. 144).

da forma como vem sendo reconhecido atualmente, antes de se adequar o papel do condenado no processo de execução penal. Sem descuidar de que aqui estamos falando dos primórdios do Direito Processual, tendo-se percorrido longo e penoso caminho até chegar ao ponto que se pretende tratar.

A este propósito, importante mencionar, ainda, observação de Dinamarco (2000, p. 89), acerca da mudança de papéis do acusado no processo penal, por influência de idéias liberais, citando como marcos dessa mudança a *Magna Charta*, de 1215, e os ideais do Marquês de Beccaria, do século XVI.

A teoria do processo como relação jurídica não ficou livre de críticas que se concentraram em dois pontos principais, que atacaram a própria idéia de definição do processo como relação jurídica, ressaltando-se a teoria da situação jurídica no campo do processo, e por outro lado, a dificuldade em separar processo e procedimento¹³.

Neste período, o procedimento foi visto apenas como meio de se exercitar o direito material, totalmente desvinculado da relação processual, não passando de “uma seqüência de atos coordenados, produtores de efeitos meramente processuais” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 27-28).

Em meio a esse contexto, o Direito Processual conquistou sua autonomia em relação aos outros ramos do direito e solidificou-se enquanto ciência, seus conceitos e institutos foram amplamente estudados e grandes obras científicas surgiram. Entrementes, “faltou, na segunda fase, uma postura crítica” (CINTRA, 2000, p. 42). Os estudiosos voltaram os olhos apenas para o Direito Processual enquanto ciência autônoma e deixaram de lado a relação entre o fim do processo e o interesse social, ou seja, a concretização do direito material por meio do exercício da jurisdição.

¹³ Sobre as críticas à teoria do processo como relação jurídica ver, além de Scarance Fernandes (1991, p. 74-76), Tornaghi (1987, p. 11).

1.4.3 Terceira fase: processo como entidade complexa

As duas fases até aqui citadas não foram capazes de encerrar as dúvidas e tranquilizar os estudiosos, se o processo confundido com procedimento não convencia, a definição de processo como relação jurídica, pura e simplesmente, também não tinha esse poder.

Partindo da idéia de processo como relação jurídica não restava clara a possibilidade de enxergá-lo como unidade, daí surgiram afirmações de que o processo é formado por um feixe de relações jurídicas ou uma diversidade de situações jurídicas, o que também não foi suficiente, faltava ainda algo que conferisse unidade a esse feixe de relações jurídicas ou a essa diversidade de situações jurídicas.

Faltavam, ainda, explicações sobre a diferença entre relação jurídica processual e outras relações jurídicas, e sobre a necessidade de participação efetiva no processo de pessoas estranhas à relação jurídica processual como testemunhas e peritos, por exemplo (SCARANCE FERNANDES, 2000, p. 42-43).

Ditas dúvidas suscitaram o ressurgimento do procedimento como ente de primeira grandeza no conceito de processo, foi o procedimento capaz de oferecer a liga que faltava para que o processo se tornasse um todo, unitário.

Duas foram as vertentes do renascer do procedimento no conceito de processo, uma afastando totalmente a teoria da relação jurídica, e outra, aliando a idéia de relação jurídica ao procedimento como caminho para a conceituação de processo.

Ao se afastar completamente a teoria da relação jurídica como conceito de processo, buscou-se conceituá-lo, basicamente, com o uso da teoria do procedimento. Scarance Fernandes (1991, p. 76-78) cita como maiores influências na “revalorização do procedimento”, as idéias de Benvenuto, no trabalho *Funzione amministrativa, procedimento*,

processo, desenvolvidas por Fazzalari, que acabou por conceituar processo como “o procedimento realizado em contraditório”, citando ainda, Punzi, para quem o processo “é entidade complexa formada pelo conjunto de atos e situações processuais, ou, em outras palavras, composto de procedimento (atos) e de situações”, e Piccardi, segundo o qual na Itália prevalece na doutrina o afastamento da relação jurídica do conceito de processo.

Não é de todo incomum nos avanços científicos, que determinadas teorias atinjam o seu apogeu e, na seqüência, sejam por completo rejeitadas por alguns, eis que muitas vezes no afã de defender novas idéias e conceitos acaba-se por levar a extremos os defeitos e desconsiderar as virtudes de tais teorias.

Mesmo assim, o repúdio à teoria do processo como relação jurídica, não foi capaz de invalidá-la, porque outra gama de autores, de expressão equivalente àqueles que a condenaram, cuidaram de entrelaçar as duas idéias, obtendo resultados mais convincentes, ao aliar a idéia de relação jurídica e procedimento em conjunto sem que uma necessariamente exclua a outra.

Para Dinamarco (2001, p. 126-127) o processo se define como “procedimento animado pela relação jurídica processual”, demonstrando total discordância ao repúdio à teoria da relação jurídica, chegando a afirmar que o ensinamento de Fazzalari, de que “processo é o procedimento realizado em contraditório”, acaba por incluir no conceito a idéia relação processual, por serem duas formas diversas de encarar o mesmo fenômeno, e arremata afirmando que o processo é realidade complexa que abrange ambas as idéias em questão.

Em *Teoria Geral do Processo*, desta feita, em conjunto com Araújo Cintra e Grinover (2000, p. 282), Dinamarco confirma as assertivas acima e define que “processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento)”.

Como se vê, para autores dessa linha, o procedimento é visto como a argamassa que dá sustentação à idéia de unidade do processo, ou seja, unindo-se procedimento e relação processual, se busca explicar aquilo que os defensores das duas teorias, isoladamente, não lograram¹⁴.

No que toca ao Direito Processual Penal, conforme já salientado, a teoria da relação processual é indispensável, por conferir ao réu a posição de sujeito e não objeto no processo, mas não dispensa a presença do procedimento, por não explicar inteiramente o processo conforme ensina Scarance Fernandes (1991, p. 79-80)¹⁵.

Por outro lado, a teoria da relação jurídica é indispensável, ainda, para justificar a existência de um vínculo autônomo do direito material, nascida justamente com o processo, conforme preleciona Tucci (2002, p. 159)¹⁶, ao tratar da natureza jurídica do processo, ressaltando a acatada obra de Von Büllow.

Além de aliar relação jurídica e procedimento, a fim de dar contorno de real uniformidade ao fenômeno denominado processo, a terceira fase de evolução deixou de lado a “visão puramente introspectiva” (CINTRA, 2000, p. 42) que marcou a segunda fase e passou a se preocupar com a finalidade social do processo, o olhar crítico que faltava passou a ser preocupação corrente dos estudiosos.

O aspecto crítico vivido pelos estudiosos do Direito Processual é ponto

¹⁴ Dizer-se que o processo é uma relação jurídica apenas enuncia o gênero próximo a que ele pertence. Suas características normalmente enunciadas, como a autonomia, a unidade, a complexidade, a progressividade e a natureza de direito público, também não põem à mostra toda a essência dessa relação jurídica e sua diferença específica, em confronto com as relações jurídicas de outras espécies. Sem a noção de procedimento, afigura-se bastante difícil compor um conceito preciso de processo, pois é o procedimento, ao que nos parece, que dá a própria *estrutura da relação jurídica processual*, que por meio dele assume uma configuração definida. Sem ele, a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme e sem ossatura (WATANABE, 2000, p. 122).

¹⁵ A idéia de relação jurídica processual é fecunda. Dá ela caráter unitário ao fenômeno processual. Garante ao réu, mormente na área penal, a condição jurídica de sujeito dotado de direitos processuais. Representa o papel de unificação das mais diversas situações jurídicas formada no desenvolvimento do processo. Mas não explica inteiramente o processo. O acréscimo do procedimento como elemento integrador do seu conceito é necessário. Ainda, a visão política do processo, a exigir que ele se realize em contraditório, impõe que se acrescente à idéia de relação jurídica a de procedimento. É na ótica do procedimento legitimador do ato de provimento estatal que se insere a exigência de participação em contraditório, conforme muito bem evidencia Dinamarco.

¹⁶ Por esse motivo, ficariam todos sujeitos a uma *nova relação*, distinta da de direito material que o origina, devidamente regulada, e que cria entre essas aludidas pessoas vínculos juridicamente relevantes.

fundamental para o presente trabalho, já que o desafio a que se propõe é o de conjugar a eficiência da atividade jurisdicional às garantias oferecidas ao condenado criminalmente, durante a execução da sentença.

1.5 Conceituação de procedimento.

A propósito de estudar o procedimento no âmbito da execução penal, se torna indispensável conceituar o procedimento. Como se viu no item anterior, a evolução do estudo do procedimento se confunde com a evolução do estudo do processo, mesmo porque de início, procedimento exprimia o próprio conceito de processo. Entrementes, já não resta, há muito tempo, dúvidas sobre a necessidade de se separar os conceitos de processo e procedimento, até porque a distinção é, muitas vezes, utilizada para a compreensão do fenômeno processual.

Por outro lado, a doutrina já não se prende à visão puramente formal do procedimento, entendido apenas como seqüência de atos, pois se evidencia, agora, seu conteúdo teleológico, para Cintra, Grinover e Dinamarco (Idem, p. 320), procedimento é “a soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica”.

A partir do momento em que se identificou o procedimento como instrumento de vital importância para a conceituação de processo, é que surgiram as conceituações atuais que, como dito acima, inevitavelmente remetem à distinção entre ambos.

Dinamarco diz que “procedimento é o lado visível do processo” (DINAMARCO, 2001, p. 134).

Scarance Fernandes (2005, p. 30) menciona Fazzalari, afirmando que ele examinou o procedimento amplamente, conceituando-o em abstrato como “uma seqüência de

normas reguladoras dos atos do procedimento, coligadas de modo que uma seja conseqüência da precedente e pressuposto da seguinte”, e em concreto, como “a constituição de uma série de atividades efetivamente realizadas, as quais representam a atuação prática daquela série de normas reguladoras do procedimento em abstrato”, para ao final estabelecer que procedimento é o gênero do qual o processo é espécie.

Ao tratar do processo como relação jurídica, sem estabelecer um conceito próprio para procedimento, Carreira Alvim (2002, p. 162-163), enumera exemplos interessantes para diferenciar processo e procedimento, como a viagem sendo o processo e o itinerário adotado o procedimento, ou, um tiro, onde o disparo seria o processo e a trajetória da bala o procedimento.

Também sem pretensão de se aprofundar no assunto, Germano Marques da Silva (2000, p. 19) utiliza a técnica de distinguir processo e procedimento, a fim de explicar e conceituar os termos, e informa que na linguagem popular e, às vezes, até mesmo na jurídica os termos são utilizados como sinônimos, e ao final assevera, que:

Na doutrina o termo *procedimento* é usado com freqüência para designar a actividade processual em que não há intervenção da jurisdição, enquanto que o processo corresponde à actividade processual em que a jurisdição intervém.

Carnelutti (2000, p. 472) há tempos lamentava o uso dos vocábulos processo e procedimento como sinônimos, ressaltando os resultados deploráveis de tal equívoco, definindo procedimento como “uma sucessão de atos não só finalmente, mas também causalmente vinculados, portanto cada um deles supõe o precedente e assim o último supõe o grupo todo”. A propósito de distingui-lo do processo, propõe que “pode-se pensar no sistema decimal: o procedimento é a dezena; o processo é o número concreto, o qual pode não alcançar a dezena ou mesmo compreender mais de uma”.

De suma importância, atualmente, é a confirmação da idéia de procedimento como entidade unitária, salientando o fato de que todos os atos do procedimento estão

dispostos de forma a que o subsequente sempre seja conseqüência do anterior, e ainda, que todos eles sejam dispostos a fim de se alcançar o objetivo final, todos os de um procedimento são na verdade um preparativo para o escopo final¹⁷. Sendo justamente esta forma como cada ato é disposto, com a finalidade de preparar, imediatamente, o subsequente, e de forma mediata, o escopo final pretendido, que distingue o procedimento de outras entidades jurídicas de formação sucessiva.

Na doutrina italiana a noção de *fattispecie*¹⁸ deu contorno às duas teorias que conceituam diversamente o procedimento. Uma corrente parte do princípio que o procedimento é um tipo de *fattispecie* complexa de formação sucessiva, a outra, repele a idéia, sob a alegação de que a *fattispecie* complexa diferencia-se de procedimento pelo fato de que nela “o efeito final resulta do conjunto dos atos que a compõem, enquanto no procedimento o efeito final é produto somente do último ato da série” (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 100).

Afirmar que o resultado do procedimento é efeito somente do último ato afasta completamente a moderna noção teleológica do procedimento, que se traduz no conteúdo social do processo, e, portanto, do procedimento, já que o objetivo final do processo é a solução justa para a questão colocada em julgamento.

No contexto de Estado Democrático de Direito, não é possível observar o fenômeno processual sem atentar para o seu conteúdo político, os atos processuais não preparam simplesmente o provimento final, mais que isso, oferecem condições às partes de influenciarem neste provimento final, por meio da sua participação no processo, obedecem a etapas previamente estabelecidas de forma a não ofender as garantias individuais e limitar

¹⁷ Afirmada a concepção unitária do procedimento, a idéia de modelo, antes ligada ao ato processual, foi estendida para o procedimento. Embora, para alguns, o procedimento seja uma *fattispecie* complexa de formação sucessiva, e, para outros, não se identifique com a noção de *fattispecie*, todos acentuam que o procedimento forma um modelo unitário composto por atos sucessivos, ou, em outras palavras, constitui uma realidade, uma unidade, de formação sucessiva (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 32).

¹⁸ Sobre noção conceitual de *fattispecie* e a controvérsia na doutrina italiana sobre o conceito de procedimento ver Scaranca Fernandes (1991, p. 80).

racionalmente a atuação estatal¹⁹.

1.6 Procedimento como direito fundamental

Em tempos de processo visto como entidade complexa, o procedimento reconquistou e consolidou a posição de ente de extrema importância nos estudos de Direito Processual, após isso foi estendida sua importância, passando a ser visto como fator a conferir legitimidade às decisões do Estado²⁰. Entretanto, seu apogeu não se limitou a isso, já que o procedimento está sendo entendido não só como um verdadeiro direito, mais que isso, como um direito fundamental.

Adotando expressamente a teoria proposta por Robert Alexy, Scarance Fernandes (2005, p. 37-38) afirma que:

Enunciados objetivamente os princípios e as regras constitucionais que, em seu conjunto, formam o arcabouço das normas dos direitos fundamentais constitucionais, deles derivam direitos subjetivos individuais passíveis de serem reunidos em três posições jurídicas fundamentais em relação ao Estado: o direito a ações negativas ou positivas do Estado; o direito a que o exercício das liberdades seja permitido ou que as liberdades sejam protegidas pelo Estado; o direito a que o Estado fixe os poderes ou competências do cidadão. É na subespécie dos direitos a ações positivas do Estado que se insere o direito ao procedimento.

Logo em seguida, ressalta os antecedentes remotos do direito ao procedimento no Direito Brasileiro.

¹⁹ É assim que o procedimento, mais estratificado na legalidade, ou menos, sempre constitui o plano para o exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes. A sua observância racional legítima o resultado do exercício do poder. Além disso, o procedimento tem também o valor social de “enfraquecer o confronto”, ou “reduzir o conflito”. Vedada a autotutela, inclusive ao próprio Estado, as pessoas em conflito são obrigadas a canalizar pelas vias do processo as suas pretensões antagônicas e a comportar-se, no processo, segundo as normas do procedimento. As regras do combate que então se vêem obrigadas a obedecer permitem-lhes combater em certa medida desafogar-se, fazendo-o porém pelos modos civilizados que o Estado lhes impõe (DINAMARCO, 2001, p. 130-131).

²⁰ Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 131).

De maneira embrionária, a doutrina, há muito tempo, sentia a existência de um direito ao procedimento. João Monteiro, ao ressaltar que os atos do processo constituem atos solenes preestabelecidos, acentuava que é nessa forma “que reside a condição vital da autenticidade dos atos forenses, sem a qual não pode haver garantia de direito”. Por isso, conforme acentuava Galdino Siqueira, todas “as constituições políticas, inclusive a nossa, art. 72, § 15, consagram na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solene compromisso de que ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”. As formalidades do processo, em virtude do vínculo desse com a Constituição, eram referidas como “as atualidades das garantias constitucionais”. A justiça “marcharia sem guia”, escreveu ele, se “o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou discricção dos juízes”. Também João de Oliveira Filho lembrava que “se entende com razão que as leis do processo são complementos das garantias constitucionais, ou, antes, parte integrante delas. Ninguém pode, pois, ser processado e sentenciado senão mediante a exata observância dos termos e fórmulas legais. Fora disso, há atentado e violência (Idem, p. 38).

Dinamarco (2001, p. 133 e ss.), mais recentemente, afirmou existência de um “*direito ao procedimento*, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula do *due process of law*”, confirmando que “há, portanto, um *direito ao procedimento*, que é direito à participação e que coincide por inteiro como o já denominado ‘direito ao processo’”.

Para Alexy (2002, p. 454), “en la actual discusión sobre los derechos fundamentales, ninguna idea ha despertado tanto interés como la de la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento”.

O direito ao procedimento se mostra então como imposição ao Estado²¹, que deve agir positivamente, a fim de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Duas vertentes surgem desse entendimento, a de que o procedimento é o único e essencial meio para a concretização dos direitos fundamentais, e outra, que entende ser o procedimento importante para tal concretização, mas não o caminho exclusivo, sendo que a sua adoção aumentaria a possibilidade de um resultado positivo.

Demonstrando afinidade com a primeira posição, Hesse (Idem, p. 287-288), após ressaltar que a idéia de “realização e asseguramento de direitos fundamentais por

²¹ Expressa a idéia de “direitos fundamentais como princípios objetivos (supra, número de margem 290 e seguintes) que obriga o Estado fazer o possível para realizar direitos fundamentais” (HESSE, 1998, p. 278).

organização e procedimento” tem se destacado recentemente, aduz:

Para cumprir a sua função, direitos fundamentais requerem, em primeiro lugar, geralmente em proporção mais ou menos vasta, regulações de organização e procedimento,[...]

Além disso, mostram-se organização e procedimento como – possivelmente, até único – meio, os quais, antes que a idéia dos direitos de ter parte, possibilitam satisfazer as condições alteradas da liberdade humana no Estado moderno

Pedro Häberle, em várias passagens, coloca organização e procedimento como paradigma de realização dos direitos fundamentais²². Para Scarance Fernandes (2005, p. 39), adepto declarado da segunda posição, a “observância do procedimento não pode significar, por si, a correção do resultado, constituindo apenas, se legítimo o procedimento, o melhor meio de obtê-lo”.

Realmente, atrelar a correção do resultado tão somente ao procedimento se mostra precipitado, adotar o procedimento indicado e segui-lo adequadamente, evidentemente, é um bom e necessário início para se chegar a bom termo, porém, o mérito de uma decisão, a sua correção, não se pode medir, pura e simplesmente, pelo procedimento seguido. Em razão disso, mais prudente afirmar-se que o procedimento é de suma importância para se atingir um bom resultado, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais.

Estabelecido o procedimento como fator importante para garantir a eficácia

²² Recordemos, aunque sea brevemente; la doctrina del <<doble carácter>> de los derechos fundamentales, es decir, la de concurrencia de una proyección objetivo-institucional junto a la subjetivo-individual; la doctrina de los aspectos de prestación estatal de los derechos fundamentales, así como de la idea de realización de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, *status activus processualis*.

Los múltiples esfuerzos para robustecimiento de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales y el perfeccionamiento de los instrumentos que sirven a este objetivo –de alumbramiento de dimensiones nuevas de protección, tales como la objetiva y la de derecho a prestaciones estatales hasta el postulado de realización de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, interpretación y política¹³- forman parte de esta macroimagen.[...]

¹³ De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: E 6, 55 y E 76, 1 (49): artículo 6.1 de la Ley Fundamental: matrimonio y familia como derecho fundamental clásico, garantía institucional y norma contenedora de un principio valorativo. E 66, 116 (133): libertad de prensa como derecho subjetivo y protección objetiva de la autonomía institucional de la prensa. E 39, 1 (41 f.): del orden objetivo de valores de los derechos fundamentales se sigue la obligación de proteger la vida del *nasciturus*. E 53, 30 (65): la efectiva protección de los derechos fundamentales e través de procedimientos.[...].

Por otra parte, los derechos fundamentales cobran efectividad por vía de procedimiento. Conforme al paradigma de realización de los derechos fundamentales de protección por vía de organización y procedimiento,[...] (PINA, 1991, p. 108-189, 264-265, 335).

dos direitos fundamentais, necessário se faz investigar quais são as conseqüências práticas de tal conclusão. Para Scarance Fernandes (Idem, p. 39), “o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal” interessam de forma especial ao processo criminal, diante disso, conclui que os indivíduos têm direito a que o Estado “atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes assegurem segurança e lhes garantam a liberdade”.

1.6.1 Eficiência e garantismo como objetivos do procedimento

Conforme preceitua o ensinamento de Alexy (2002, p. 454-582), é no campo de atuação positiva do Estado que se situa o direito fundamental ao procedimento, e, seguindo a mesma lição, no processo penal interessam especialmente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança, ambos com previsão constitucional (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 39).

Daí, a conclusão de que cabe ao Estado estabelecer procedimentos, no processo penal, que sejam aptos a propiciar seus fins, sem o comprometimento da liberdade e segurança dos indivíduos²³, asseverando ao final, que o direito ao procedimento no processo penal corresponde a “direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal, e ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal” (Idem, p. 43).

Roxin (2000, p. 1) ressalta a necessidade de cumprimento da função social das normas penais materiais, ou seja, propiciar a convivência pacífica dos seres humanos, e afirma que a eficiência dessas normas depende da existência de um procedimento regulado

²³ Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De forma resumida, um sistema que assegure *eficiência* com *garantismo*, valores fundamentais do processo penal moderno (Idem, p. 40).

juridicamente, que auxilie nessa tarefa, pois, somente assim, essas normas não permanecerão apenas no papel.

No âmbito da execução de condenação criminal a questão ganha contornos específicos, uma vez que a limitação, restrição ou mesmo privação de direitos são conseqüências próprias da condenação, estando o indivíduo condenado numa condição de sujeição frente o Estado, em razão da sua conduta contrária ao ordenamento jurídico.

Entretanto, mesmo havendo limitação, restrição ou privação de direitos do condenado, há a preservação integral de todos os direitos não atingidos pela decisão condenatória, o que impõe ao Estado a obrigação de “estruturar órgãos e criar procedimentos” (Idem, p. 39) no campo da execução criminal que sejam capazes de garantir a plena fruição dos direitos não atingidos pela decisão condenatória, como de fazer com que o cumprimento da sanção proporcione “condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”, conforme estabelece o artigo 1º da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

Observe-se, que quanto maior o peso da sanção penal, a limitar, restringir ou privar o condenado de seus direitos, maior será a sua situação de sujeição em relação ao Estado, e em contrapartida, maior será a obrigação do Estado de propiciar meios de fruição plena dos direitos não atingidos e de se cumprir a reprimenda nos exatos limites legais.

1.7 Natureza jurídica da execução penal

No transcorrer da discussão, acerca da natureza jurídica da atividade desenvolvida na execução da sentença penal condenatória, surgiram três teorias principais.

A primeira somente reconhecia função administrativa nesta atuação, a segunda, aceitava o caráter jurisdicional, de forma episódica, nos casos de incidentes, pois ao acompanhar o desenrolar do cumprimento da pena no interior do estabelecimento, o juiz agia

administrativamente, e por fim, com a aceitação da independência do processo de execução, a terceira teoria, atribui ao juiz, como sujeito principal da relação jurídica decorrente, função, eminentemente, jurisdicional.

Não se pretende esmiuçar as teorias citadas, mas tão somente registrar o caminhar do tratamento dado à execução penal, traçando em linhas gerais o embasamento de cada uma, para ao final, analisar o atual panorama do tema no Brasil.

Ressalte-se que o presente trabalho não levará em conta a finalidade da reeducativa/ressocializadora atribuída à pena, e tampouco se está ela apta a tal mister, haverá somente preocupação com a questão científica da natureza jurídica dos atos praticados pelo juiz durante a fase de execução penal.

1.7.1 Teoria administrativista da execução penal

A primeira orientação, denominada *teoria administrativista* (GIORGIS, 1982, p. 23-25), sustentada basicamente pelos juristas-penalistas, mas também, de início pelos processualistas, principalmente italianos²⁴, levava em conta, fundamentalmente que a atividade jurisdicional se encerrava com a condenação, e que na execução havia uma relação de sujeição do condenado para com a administração, que se orientava basicamente pela conveniência e oportunidade (CINTRA JUNIOR, 1995, p. 115).

Os pontos marcantes dessa orientação são: a discricionariedade da administração penitenciária totalmente desvinculada da legalidade, e a total sujeição do condenado ao poder da administração, já que não havia espaço na execução penal para manifestação de vontade do condenado, que apenas submetia-se ao cumprimento da sentença.

²⁴ L'esecutorietà della pena da parte di un organo che è qualificato amministrativo, la mancanza del contraddittorio, la insussistenza, in via generale, di una controversia sarebbero tipici elementi a favore della natura amministrativa dell'intera esecuzione penale (GIANZI, 1965, p. 12). O autor cita, como partidários da teoria administrativa da execução penal, Bellavista, Leone, Santoro, Conso e Cordero.

Essa teoria, em muito, se baseou na lição de Chiovenda, que ministrava a inexistência de caráter jurisdicional na execução penal, citado, entre tantos outros, por Marrone (1982, p. 91):

se se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constringer o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem

Tratando da questão, Scarance Fernandes (1999, p. 31-32) demonstrou preocupação em apontar as críticas voltadas à lição ministrada por Chiovenda, baseada na identificação da jurisdição pelo caráter de substitutividade por uma atividade do Estado, da atividade das partes, esclarecendo que: “Todavia, a identificação da jurisdição pela “substitutividade” e a forma como é apresentada essa “substitutividade” por Chiovenda constituíram objeto de profundas críticas”. Como críticos da posição, com argumentos diversos, aponta Galeno Lacerda, Dinamarco, e, ainda, como revisores do conceito de Chiovenda, Zanzucchi, Calmon de Passos e Ovídio Baptista.

1.7.2 Teoria mista, ou intermediária da execução penal

A teoria intermediária, ou seja, aquela que embora reconhecendo um caráter predominantemente administrativo, aceitava a jurisdicionalidade da atuação do juiz no que denominaram *incidentes de execução*²⁵, surgiu dos estudos processualistas, que passaram a considerar jurisdicional a atividade em determinados momentos específicos, e bem delineados, da execução penal (CINTRA JUNIOR, 2005, p. 116), e acabou por ser tratada

²⁵ Secondo altri autori l'esecuzione penale sarebbe caratterizzata – con la sola eccezione di quella fase eventuale a cui può dar luogo l'incidente – dal compimento di attività meramente materiali insuscettibili d'essere inquadrate negli stampidegli atti giurisdizionali e proprie, invece, dello Stato-Amministrazione (GIANZI, 1965, p. 12).

como *teoria mista*.

Esta orientação foi abraçada, entre tantos outros, por Marrone (1982, p. 94-95), reconhecendo, apenas episodicamente, a natureza jurisdicional da execução penal, para quem: “a execução penal é atividade predominantemente administrativa”. Saliente-se, entretanto, que o estudo data de 1982, portanto, elaborado anteriormente à Lei 7.210, de 1984, e, mesmo assim, o autor já ressaltou, citando Grinover, ser inquestionável a tendência da jurisdicionalização do processo de execução penal²⁶.

O ponto central desta orientação é a consideração de dois aspectos essenciais na execução penal, “a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos incidentes” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 26).

A força desta orientação, em solo pátrio, foi demonstrada ao ser acolhida pelas “Mesas de Processo Penal”, em sessão de 8.11.1983, assentada pelas súmulas n^{os} 39 a 43 (GRINOVER, 1987, p. 8), com o Tema: Natureza jurídica da execução penal, *in verbis*:

Súmula nº 39 – A execução penal é atividade complexa que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo.
Súmula nº 40 – Guarda natureza administrativa a expiação da pena. É objeto do processo de execução, guardando natureza jurisdicional, a tutela tendente à efetivação da sanção penal, inclusive com as modificações desta, decorrentes da cláusula “rebus sic stantibus”, ínsita na sentença condenatória.

Conformista esta orientação, tendo em vista que, aqueles que a defendem, reconhecem a jurisdicionalidade da atividade do juiz apenas nos denominados, impropriamente, *incidentes de execução* (SCARANCE FERNANDES, 1994, p. 36), deixando, no entanto, o condenado à mercê de toda sorte de abusos por parte da administração no que se refere ao acontecido intramuros, neste caso falando mais especificamente da execução de pena privativa de liberdade.

²⁶ Sobre o assunto ver Giorgis (1982, p. 26).

1.7.3 Teoria jurisdicionalista da execução penal

O avanço doutrinário do direito, em específico nas áreas do direito processual penal e direito constitucional, culminou com a afirmação da teoria jurisdicionalista, eis que é a única compatível com o respeito aos direitos fundamentais do ser humano. “O que significa, em última análise, que só a visão jurisdicional da execução penal é idônea a elevar o processo a estatura e nível constitucionais” (GRINOVER, 1991, p. 7).

Grinover (Idem, p. 5) demonstrou de forma resumida os rumos da execução penal jurisdicionalizada em diversos sistemas.

Quando o Estado chamou a si as duas etapas da repressão criminal, alguns sistemas confiaram a execução ao juiz, outros a órgãos do poder executivo, como o Ministério Público. Exemplo do primeiro sistema é do Alemanha, do segundo é o da França. Eclético é o sistema italiano, onde a iniciativa do processo de execução é atribuída ao magistrado (pretor) ou ao Ministério Público, e a regularidade do processo de execução ao órgão jurisdicional (giudice di sorveglianza).

A complexidade da atividade desenvolvida na execução penal explica as divergências quanto à natureza da execução penal.

tipicamente administrativa, segundo alguns (Bellavista, Ranieri, Santoro, Vannini e, entre nós Adhemar Raymundo da Silva); jurisdicional, para outros (De Marisco, Vassalli, Aloisi e Xavier de Albuquerque); processual, na solução de compromisso de Giuseppe Sabatini, Conso, Scarano (Idem, p. 6).

Realmente, a dificuldade de delimitação da natureza jurídica da execução penal, que atormentou os estudiosos, tem fundamento na complexidade da atividade desenvolvida: “Esta situación nos conduce al espinoso problema de ‘la naturaleza jurídica de la ejecución’, sobre la que debe tenerse presente que viene determinada por la naturaleza de los órganos que intervienen y de las funciones que tienen asignadas en esta materia” (HINOJOSA SEGOVIA, 2002. p. 810).

Imperioso salientar que o Código Modelo de Processo Penal Tipo para

Ibero-América aponta, de forma incontestada, para a jurisdicionalização, conforme confirmado por Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (1991, p. 16), e Kai Ambos e Hassan Choukr (2001, p. 268), estes últimos falando em “um certo deslocamento de competência das autoridades administrativas para os tribunais”.

Em verdade, chegou-se a um momento histórico-jurídico em que, nos países civilizados não se encontram argumentos válidos no sentido de subtrair da competência jurisdicional a apreciação das questões oriundas das execuções penais, a “*hands off doctrine*”²⁷, não sobrevive no mesmo ambiente em que se proclama o respeito aos *direitos fundamentais*, o ar que alimenta um, necessariamente, faz perecer o outro.

1.7.3.1 Jurisdicionalização da execução penal: aspecto histórico

No que respeita ao momento histórico da evolução da jurisdicionalização da execução penal, Anabela Miranda Rodrigues (2001, p. 129) cita, como primeiro passo, a criação do tribunal de execução das penas em Portugal, por meio da Lei nº 2.000, posta em execução em 27 de abril de 1945, salientando que na década de vinte o Brasil já havia criado o Juiz de Execução, e o Conselho Penitenciário, como órgão não judicial de fiscalização, enquanto que na Europa o único precedente foi a figura do juiz de vigilância, no Código Penal italiano de 1930.

Beneti (1996, p. 4) confirma, recorrendo ao magistério de Armida Bergamini Miotto, que desde o início do século a execução penal no Brasil deixou de ser atividade meramente administrativa para adquirir contornos jurisdicionais, e avança, afirmando que o “fenômeno da jurisdicionalização aperfeiçoou-se modernamente, fixando-se

²⁷ Nos Estados Unidos, até a década de 70, os tribunais adotavam, tradicionalmente, uma política de não interferência na administração penitenciária (“hands off doctrine”), excluindo-a do controle judicial. Uma decisão de 1954, expressa bem a posição: “*Courts are without power to supervise prison administration or to interfere with the ordinary prison rules or regulations*” (CASTILHO, 1988, p. 40).

a jurisdicionalidade da execução penal como corolário da inafastabilidade da jurisdição penal, um dos fundamentos da garantia do Estado de Direito”.

Atualmente, já não se discute a natureza da execução penal, uma vez estabelecida a autonomia do processo de execução da sentença penal²⁸, e reconhecendo-se o condenado como um dos sujeitos da relação processual decorrente, o papel do juiz não pode ser outro que não o de exercitar sua função jurisdicional. Roxin (2000, p. 502), em obra de estudo do Direito Processual alemão, afirma que: “Mientras que, habitualmente, la ejecución de la pena es considerada como (última) parte del procedimiento penal, la *ejecución de la pena privativa de libertad* está fuera del proceso penal”.

Hendler (2001, p. 170), em trabalho que analisa a jurisdicionalização da execução penal na Espanha e Argentina, apresenta interessante comentário sobre a jurisdicionalização, autonomia, criação de tribunais específicos para a execução da pena e flexibilização da pena:

Em los últimos años se ha producido una judicialización de la fase ejecutiva del proceso penal mediante la creación de tribunales específicos en distintos países de nuestro entorno cultural. Sin embargo, a partir de esse mismo momento empieza un proceso de flexibilización de la pena en fase ejecutiva (se rompe la correspondência entre pena impuesta en la sentencia condenatoria y pena efectivamente cumplida). Ello comporta una progresiva autonomía de la fase ejecutivo-penitenciaria que se ha realizado mediante la atribución prevaleciente a los órganos de la jurisdicción de la facultad de modificar la cantidad y la calidad de la pena merecida.

A autonomia da execução penal, entretanto, não é unanimidade, não são raros os países em que a doutrina não a reconhece, como Portugal²⁹. Na Itália, não há

²⁸ Há realmente autonomia. Forma-se nova relação jurídica, distinta daquela do processo de conhecimento [...] Assim, com a sentença condenatória transitada em julgado, encerra-se o processo de conhecimento, forma-se o título executório penal e, com ele, instaura-se um novo processo: o processo de execução (SCARANCA FERNANDES, 1999, p. 24-25).

²⁹ Como referimos já, diferentemente do processo civil, em que a ação executiva se configura como *processo autónomo*, a sequência processual destinada à execução das decisões jurisdicionais penais apresenta-se como uma *fase* do processo (SILVA, 1994, p. 369-370).

concordância doutrinária a respeito da autonomia da execução, Tonini (2001, p. 704-705)³⁰, analisando a competência para a execução da condenação, afirma que a execução penal é uma fase do processo penal, Gaito (CONSO, 1996, p. 762) entende que a forma prescrita nos arts. 665, 666 e 670, do CPP, encerra um procedimento típico, tendente a propiciar autonomia funcional e estrutural da execução em relação ao processo de conhecimento.

A jurisdicionalização há tempos fincou raízes em diversos ordenamentos jurídicos, como na Itália (Normas sobre o Ordenamento Penitenciário, de 1975, e Código de Processo Penal, de 1988); Portugal (Decreto-Lei nº 783, de 29 de outubro de 1976); Argentina (Lei Penitenciária Nacional, de 1958); Polônia (Código de Execução das Penas, de 1969); República Federal da Alemanha (Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de liberdades, de 1976); República Democrática Alemã (Lei sobre Execução da Penas Privativas de Liberdade, de 1977); e Espanha (Lei Geral Penitenciária)³¹.

A estancar qualquer dúvida sobre o caráter da execução penal no Brasil a Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984, já no artigo segundo fala em “jurisdição penal” e “processo de execução”, seguindo para fixar a competência jurisdicional do juiz de execução e até mesmo o procedimento adequado à solução das questões decorrentes da execução penal, alvo principal do presente trabalho.

Em âmbito constitucional, vários são os dispositivos que impõem óbvia conclusão de que o processo penal, como um todo, é jurisdicionalizado, entre outros se destacam: o princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, XXXIX, da CF) e o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CF).

Mas não é só, importante comentar o direito à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF), que o condenado, obviamente, sustenta durante a execução da condenação

³⁰ Considerate in tale prospettiva, le attività di controllo sul titolo esecutivo costituiscono un perfezionamento, e quindi una prosecuzione del processo penale, cosicché è lecito affermare che l'esecuzione è una vera e propria fase del procedimento penale.

³¹ Para mais detalhes sobre as experiências no avanço da jurisdicionalização da execução penal em diversos países, ver Castilho (1988, p. 46-61).

penal, e que por si só serve de sustentáculo à obrigatoriedade de jurisdicionalização da execução penal, no seu sentido mais primitivo, qual seja, o direito do condenado de ter a quem se voltar quando sofrer uma lesão ou ameaça de lesão a um direito seu, e essa manifestação só pode ser voltada ao juiz, que analisará a situação em função de estar investido de jurisdição.

1.8. Eficiência e garantismo no contexto de execução penal jurisdicionalizada

Uma vez superada a controvérsia sobre a natureza da atuação judicial na execução penal, interessa ir além e analisar a atual amplitude do reconhecimento do condenado como sujeito de direito num contexto de execução penal jurisdicionalizada, necessariamente, eficiente e garantista.

Afinal, além da simples idéia de execução penal jurisdicionalizada, hodiernamente, não se pode perder de vista o alcance do necessário respeito à dignidade da pessoa humana (Constituição Federal de 1988) como fundamento maior da sociedade brasileira.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 70), no contexto do atual Estado Democrático de Direitos, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana:

Verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.

Como se vê, o status do princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à intervenção estatal na vida do particular (dele decorrendo não só direitos e garantias, mas, também, deveres fundamentais), mesmo que esteja submetido à execução forçada de

uma decisão penal condenatória. Situação esta que vai além da simples jurisdicionalização da execução penal.

Não se pode, hoje, pensar em jurisdicionalização como simples forma de exigir um controle de legalidade sobre a execução, já que o sistema impõe, por meio da adoção de Estado de Direitos Fundamentais, limites a atividade legislativa, daí que a execução penal deve ser legal e a lei deve ser pautada pelos postulados constitucionais.

Enriquecedoras as palavras de Alexandre Rosa (2002, p. 404), a esse respeito:

Com isso pode-se estabelecer, portanto, que uma norma é vigente quando é decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal; válida quando analisada no contexto Constitucional é compatível, ou seja, não afronta qualquer garantia ou direito reconhecido e eficaz quando é observada pela coletividade.

Evidentemente, não sendo *válida*, a norma não poderá ser aplicada mesmo sendo *vigente*. Como não poderia deixar de ser, este é o complemento do autor ao raciocínio.

Voltando à questão da dignidade da pessoa humana, Alberto Silva Franco (1991, p. 53) esclarece que:

como princípio fundamental, “está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido da dignidade da pessoa humana há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)”.

Por outro lado, Sarlet (2001, p. 72) dá conta de que já não é raro quem aponte a primazia do valor da dignidade da pessoa humana até mesmo sobre o valor da vida humana, apontando, inclusive, este princípio como o de “maior hierarquia axiológico-valorativa (hochtes wertsetzendes Verfassungs-prinzip)”.

Verifica-se, com clarividência, a importância do *princípio da dignidade da pessoa humana* para a execução penal, na lição de Tucci (2002, p. 274):

Transplantando essas precisas idéias para o campo da execução penal, verifica-se, de pronto, que a própria Carta Magna vigente e, com ela, a Lei de Execução Penal, estabelecem os seus limites - autêntica *reserva legal* - quer com relação ao título executivo, em si mesmo considerado, seja ele relativo a pena, ou a medida de segurança; quer no tocante aos direitos e deveres do condenado, às faltas disciplinares que, porventura, cometa, e às respectivas sanções.

E tudo, com a relembração de que um dos fundamentos de nossa República Federativa, a teor do art. 1º, III, da Lei das Leis nacional, é a *dignidade da pessoa humana*.

A jurisdicionalização da execução penal por si só, analisada de forma isolada no ordenamento jurídico, obriga ao reconhecimento do condenado como sujeito de direitos e como parte em uma relação jurídica nascida do título executivo originado da decisão condenatória transitada em julgado, e que sustenta todos os direitos não atingidos pela decisão condenatória.

Entretanto, sendo certo que, hoje em dia, a questão da jurisdicionalização da execução penal já não atormenta, impossível fugir da necessidade de se mensurar a dimensão e amplitude dos direitos do condenado, mormente aquele que cumpre penas privativas de liberdade.

Esta necessidade de questionamento, sobre dimensão e amplitude dos direitos do condenado, trás à baila a análise de interessante citação de Anabela Rodrigues (1999, p. 163):

A atitude da sociedade perante aqueles que dentre os seus membros cumprem penas privativas de liberdade sofreu profunda modificação, sem que se possa ainda excluir, contudo, uma mal disfarçada surpresa quando a questão recai sobre “os direitos dos reclusos”.

O comentário oriundo de Portugal há aproximadamente um quarto de século, é perfeitamente condizente com a realidade atual do Brasil, onde muito se confunde direitos não atingidos pela sentença penal condenatória com verdadeiros privilégios, e que na qualidade de privilégios podem ser suprimidos quando e como se entender necessário (RODRIGUES, 1998, p. 24). Traduzindo a idéia de que o importante é a estabilidade e a disciplina do estabelecimento penitenciário e que os direitos (privilégios) servem para garantir

tal estabilidade e disciplina, e nada mais.

Tal pensamento remonta ao estado muito anterior à jurisdicionalização, época em que: “o condenado passava do mundo <<do direito>> - do processo penal, com todas as suas garantias – ao mundo do <<não direito>> - o das relações com a administração penitenciária, onde dificilmente convivia a ideia de regulação (e proteção) jurídica” (RODRIGUES, 2001, p. 130).

Muito feliz a observação de Roberto Podval, no prólogo da obra de Anabela Rodrigues, ao comentar que “vinte anos atrás afirmava que o preso é sujeito de direitos e agora afirma ser preciso tratá-lo como tal” (Idem, p. 1).

Até mesmo nos Estados Unidos da América, onde se cultivou por muito anos a *hands off doctrine*, como forma de excluir totalmente a interferência judicial na administração penitenciária e suas regras próprias, passou-se a aceitar, na década de setenta, a intervenção judicial para garantia dos direitos constitucionais dos penalmente condenados³².

A *mal disfarçada surpresa* quando se fala em direitos do recluso, se funda na dificuldade que se encontra na compreensão de que o título executivo, fruto da sentença penal condenatória, encontra seus fundamentos e limites na própria sentença, não havendo razão para suprimir direitos não restringidos por ela.

Por certo, a necessidade de se trazer à lume o tema, não se deve à falta de regulamentação no ordenamento jurídico. Com efeito, no Brasil, tanto o Código Penal (art. 38) como a Lei de Execuções Penais (arts. 3º, 38 e 40), e a própria Constituição, em diversos dispositivos (art. 5º, XLVIII, XLIX, L), declaram expressamente a necessidade de se preservar ao condenado os direitos não atingidos pela sentença condenatória. Sempre em consonância com aquilo que se convencionou internacionalmente como regras básicas para convivência nos países tidos como civilizados, em diplomas como o *Pacto internacional de*

³² Apenas na década de 70 essa doutrina é abandonada, superada pelo entendimento de que a interferência judicial era possível para garantir direitos constitucionais (CASTILHO, 1988, p. 40).

direitos civis e políticos e Regras mínimas para tratamento de presos da ONU.

Evidentemente, que no caso de pena privativa de liberdade, a restrição à liberdade, um dos direitos fundamentais, acaba por criar uma situação de sujeição da qual o condenado não pode fugir.

La sentencia coloca al condenado en una situación procesal distinta de la que gozaba durante todo el procedimiento. En particular, la presunción de inocencia que le amparaba se ha desvanecido con la resolución judicial declarándole penalmente responsable de los hechos delictivos, a la vista de la actividad probatoria de cargo practicada en el juicio. Llegado el momento de la ejecución, el condenado ha de sujetarse al cumplimiento forzoso de la pena impuesta.

Sin embargo, tal sujeción no supone su vinculación a cualquier actividad que el Estado pueda considerar arbitrariamente procedente. La ejecución de las penas se rige por un 'estricto principio de legalidad' (arts. 990.1 LECrim y 3 CP); los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de la persona sólo pueden restringirse cuando fuesen incompatibles con el cumplimiento de su condena (art. 3.1. LGP), y las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, sin que puedan consistir en trabajos forzados (art. 25.2 CE) (SENDRA, 1996, p. 879).

Contudo, a própria privação da liberdade, conforme já salientado, é, necessariamente, marcada pela legalidade que norteia a execução penal. Sendo certo que, embora privado da liberdade, o sentenciado continue a gozar de todos os outros direitos fundamentais (nunca é demais falar no direito à *dignidade da pessoa humana*) e qualquer restrição a direito, somente será aceitável se encontrar respaldo na ordem Constitucional, que obviamente impõe limites até à atividade legislativa, conforme já dito anteriormente.

Ao estatuto especial do recluso é inerente uma legalidade própria em si mesma com um sentido necessariamente restritivo, indispensável à existência da própria relação especial como tal. De fato, o recluso não se pode eximir de uma intervenção, mais ou menos profunda na esfera dos seus direitos fundamentais, enquanto essa intervenção exprime a própria essencialidade da execução ou é indispensável para assegurar a sua própria existência. Entretanto, as restrições de direitos fundamentais a que o estatuto especial dê motivo mas que não encontrem o seu pressuposto na Constituição serão, por isso, inconstitucionais (RODRIGUES, 1999, p. 166).

É certo que, em condições normais, o respeito aos direitos fundamentais é imposto, em regra, por ações negativas do Estado e particulares, ao passo que na situação especial de sujeição (mormente de privação ou restrição da liberdade) que se encontra na

execução penal, muito mais fecunda a imposição de prestações positivas, por intermédio da explicitação de deveres ao Estado, que simplesmente limitar-se à explicitação genérica de direitos do condenado (RODRIGUES, 1998, p. 28).

Ao estudar o *princípio da dignidade da pessoa humana* enquanto “princípio e valor fundamental” Sarlet (2001, p. 70) afirma:

Neste contexto, basta-nos a referência à dupla função defensiva e prestacional da dignidade, de tal sorte que o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.

Ao final do apanhado sobre a natureza jurídica da atividade desenvolvida durante a execução penal e sua convivência com a necessidade de eficiência e garantismo, algumas considerações se fazem necessárias.

A jurisdicionalização, muito mais que opção legislativa, foi uma imposição da adoção, nos países tidos por civilizados, da concepção de Estado de Direitos Fundamentais, adoção explicitada na Constituição Federal de 1988, em que pese o fato de que a Lei 7.210, de 1984, já ter expressado anteriormente, de forma incontestada, a jurisdicionalização da execução penal no Brasil.

Reconhecer o condenado penalmente como sujeito de direitos foi apenas o início, é necessário que seu tratamento seja adequado a esta condição, salientando que atualmente a *dignidade da pessoa humana* ganha status de superioridade entre os demais princípios constitucionais.

A situação de sujeição em que se encontra o condenado penalmente, em especial o submetido à pena privativa de liberdade, impõe a necessidade de se exigir do Estado, prestações positivas (explicitação de deveres). Mormente no que se refere ao respeito à dignidade da pessoa humana, visto que, as de cunho negativo (não violação da dignidade da

pessoa humana) são mais eficazes para aqueles que gozam de todos os direitos fundamentais (entre eles a liberdade) e, por isso mesmo, podem exigir, com maior facilidade, o respeito à sua dignidade enquanto ser humano.

Entre as prestações devidas ao sentenciado pelo Estado, está o estabelecimento de procedimentos, compatíveis com os modernos paradigmas do processo penal, de forma a garantir na fase de execução penal, o fiel cumprimento da sanção imposta, e ao mesmo tempo, resguardar os direitos do condenado, quando não alcançados pela condenação.

II. PROCEDIMENTO-MODELO

2.1 Eficiência e garantismo como justificativas para um procedimento-modelo

O panorama constitucional, com previsão expressa dos princípios do contraditório, da separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, imparcialidade entre outros, leva à conclusão de que o sistema processual brasileiro é o acusatório³³, entretanto, os argumentos utilizados para explicar a influência da fase investigatória no julgamento da causa, ou a iniciativa instrutória do juiz, já não convencem toda a doutrina. Segundo Nucci (2007, p. 105) “o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto”, pois:

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como, se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti* e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém.

Não há como negar certa dose de razão ao autor, quando argumenta que, se por um lado, a Constituição vigente se acha permeada dos princípios informadores do sistema processual acusatório, por outro, o Código de Processo Penal, é eminentemente inquisitorial, e a junção dessas duas realidades nos coloca diante de um sistema informado por princípios presentes tanto no sistema acusatório como no inquisitivo. Vejamos a concepção de Roxin (2000, p. 86), para processo inquisitivo:

³³ No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação (CINTRA, 2000, p. 58-59).

En el *proceso inquisitivo* el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (el inquisidor) -que investiga y julga- y el objeto de su actividad (el inquirido).

O total esclarecimento da questão depende da adequada compreensão da terminologia adotada, conforme aponta Grinover (2000a, p. 77-86), defensora da iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório. Sob o argumento básico de que não se pode confundir a diferença entre o processo acusatório e inquisitivo, com a diferença que há entre o *adversarial system*, oriundo do direito anglo-saxão, em oposição ao *inquisitorial system*, oriundo do sistema continental europeu, na qual, efetivamente, reside a questão da iniciativa instrutória do juiz no processo.

A correta distinção entre o modelo acusatório e inquisitório encontra-se no fato de que “no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente”. Já o *adversarial system* caracteriza-se pela “predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas”, distinguindo-se do *inquisitorial system*, onde “as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz” (Idem, p. 78). E aí se acha a questão da iniciativa instrutória do juiz, que se deve, fundamentalmente, ao caráter publicista do processo que cuida “da função social do processo, que depende de sua efetividade” (Idem, p. 80).

Assim, um processo que se desenvolva com a finalidade de alcançar os seus objetivos de pacificação social através da descoberta da verdade, reconstruindo os fatos, admite, e até mesmo exige, um juiz comprometido com a eficiência e o garantismo, possibilitando um exercício jurisdicional onde o juiz possa utilizar sua iniciativa instrutória em favor da efetivação dos princípios processuais, igualando as partes, eventualmente

desiguais, em virtude de características pessoais³⁴.

Para que o processo atinja, portanto, sua finalidade, a iniciativa instrutória do juiz, deve limitar-se somente por características inerentes à própria função jurisdicional, quais sejam, “a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas” (GRINOVER, 2000a, p. 81), o que não se conforma adequadamente com *adversarial system*.

Segundo Roxin (2000, p. 99) entre os princípios do processo penal, que divide entre os do início do procedimento e os probatórios, entre os princípios probatórios, existe o princípio da investigação ou da verdade material, que distingue o processo penal do processo civil, a possibilitar o juiz desvincular-se das proposições das partes, e ter iniciativa própria na instrução da causa.

A clássica concepção de que a busca da verdade material distingue o processo penal do processo civil, evidentemente, já não se sustenta, pois o “Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado”, já que, enquanto agente estatal, o juiz deve ser consciente da função que deve exercer perante a sociedade (DINAMARCO, 2001, p. 155).

Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um *negócio em família* (Liebman). [...] O processo civil moderno repudia a idéia de do *juiz Pilatos*, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes (DINAMARCO, 2002b, p. 133-134).

Ademais, já “não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo” (BARROS, 2002, p. 21). Já se foi o período de fausto do *princípio da verdade material, real ou substancial*, aplicável ao processo penal, em contraposição ao *princípio da*

³⁴ Ainda que a obtenção dessa *verdade* possa ser limitada pelos diversos fatores apontados, não se poderia conceber uma sentença *justa* que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos; se não fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive depois do trânsito em julgado (GOMES FILHO, 1997, p. 54).

verdade formal aplicável ao processo civil. Atualmente é inconteste a presença de objetivos comuns ao processo penal e civil, que possibilitam a aplicação, tanto em um como em outro, dos dois princípios, dependendo, logicamente, da situação concreta.

A principiar pelo fato de se poder aplicar ao processo penal e ao processo civil dispositivos que, em tese, permitem identificar a presença de ambos princípios, não há sentido lógico em continuar afirmando que a um interessa a verdade material e a outro a formal. A distinção que a doutrina antiga tanto insistia fazer, perdeu consistência e hoje é indiferente para o resultado do processo (Idem, p. 36).

Evidentemente, quando se afirma que existe um direito ao procedimento, não se imagina que esse direito corresponda à existência de um determinado procedimento específico, adequado a todas as hipóteses, com todos os atos e fases bem definidos e que não possa, em nenhuma hipótese, ser alterado, mas sim o direito à estrita obediência a algumas regras que devem, obrigatoriamente, ser obedecidas para o estabelecimento do procedimento³⁵.

Tais regras decorrem das normas constitucionais do devido processo penal, e têm sido denominadas pela doutrina de paradigmas³⁶, estabelecendo caminhos que devem, indispensavelmente, ser percorridos pelo legislador no ato de conceber um procedimento³⁷.

A expressão *devido processo penal* logicamente decorre do preceito constitucional previsto pelo inciso LIV, artigo 5º, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”, estabelecendo no ordenamento

³⁵ Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida (CINTRA, 2000, p. 82).

³⁶ A palavra paradigma significa “modelo, exemplo, padrão”. No direito, tem sido usada como expressão do “concerto científico” sobre “teorias, modelos, métodos de compreensão do mundo” (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 43-44).

³⁷ A *garantia* constitucional do *devido processo legal*, especificada no processo penal (*devido processo penal*), reclama, para a sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o *punitivo* e o de *liberdade* (TUCCI, 2004, p. 83).

jurídico pátrio, a tão cultuada garantia do *due process of law*³⁸.

Não se pode deixar de consignar que, em virtude do momento histórico vivido por cada sociedade, os paradigmas que norteiam o procedimento penal, assumem contornos distintos, sendo perfeitamente aceitável, que em determinados momentos as garantias individuais se sobreponham aos interesses sociais e vice-versa. Não é difícil imaginar que em estados totalitários, as garantias individuais percam terreno para os interesses sociais, mesmo que estes interesses sociais sejam na verdade, expressão da vontade dos detentores do poder, e, por outro lado, em democracias bem estruturadas, as garantias individuais sejam, ao menos, equivalentes aos interesses coletivos.

A evolução histórica da incriminação de condutas humanas mostra que o direito penal sempre tutelou bens jurídicos diversos, diversidade essa que foi aumentando com a evolução do Estado, que impôs a necessidade de reconhecimento de novas categorias de direitos, a ponto até de se chegar à tutela penal dos denominados bens jurídicos espiritualizados. Este panorama, inevitavelmente, fez com que os procedimentos a serem adotados para o julgamento das infrações penais, respeitassem a diversidade de bens jurídicos resguardados, e, por conseguinte, a imensa diversidade das infrações³⁹, estabelecendo regras distintas para o julgamento de situações também distintas.

Da conjunção do momento histórico vivido e da diversidade de infrações penais, decorrente da gama de bens jurídicos tutelados, surgiram os diversos procedimentos

³⁸ Para Tucci “relativamente ao *processo judicial*” o devido processo legal pode ser conceituado como “um conjunto de elementos indispensáveis para que se possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”, arrematando, que se consolida primordialmente numa “*garantia* conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*, mediante a efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num *prazo razoável*”. Neste contexto, para o autor, o *devido processo penal* nasce justamente da força da conjunção em sede penal dos “componentes e corolários” do devido processo legal (Idem, p. 65-67).

³⁹ A própria índole dos vários processos exige uma diferença de procedimentos, levando-se em consideração a natureza da relação jurídica material, mais ou menos relevante para a sociedade, bem como outras circunstâncias (como o valor da causa, no processo não-penal). Atendendo a essas circunstâncias, existem vários tipos de procedimento, penais e civis (CINTRA, 2000, p. 328).

adotados por cada ordenamento jurídico, situação que não resulta na impossibilidade de observância de procedimentos que podem ser definidos como básicos, ao menos, em linhas gerais, já que não se pode falar em total uniformidade⁴⁰.

Independentemente da denominação adotada⁴¹, a existência de um procedimento básico, possibilita o estudo crítico das variações presentes no ordenamento jurídico, vez que tais variações devem ser analisadas justamente em confronto com o procedimento básico. Daí resultando a possibilidade de se averiguar se a variação proposta cumpre o seu papel de adequar o procedimento a uma realidade diversa da que inspirou o modelo básico de procedimento.

Pode-se esclarecer o entendimento, mencionando, por exemplo, que o Código do Processo Penal brasileiro, adota o *procedimento comum* para os crimes apenados com reclusão (arts. 394 a 405 e 498 a 502), pena privativa de liberdade mais severa, e o *procedimento sumário* para os crimes apenas com detenção (arts. 538 a 539), também pena privativa de liberdade, porém mais branda, resultando a possibilidade de se verificar se as alterações introduzidas no procedimento sumário são adequadas ao julgamento de infrações menos graves, já que apenadas de forma mais branda, sem, contudo, comprometer as garantias individuais e tampouco a eficiência da atuação jurisdicional.

Seguindo a esteira de ensinamentos de Scarance Fernandes (Idem, p. 47), adotar-se-á no presente trabalho como procedimento-modelo, ou, ainda, procedimento-tipo, aquele que “contempla os atos e fases essenciais para fazer atuar, concreta e plenamente, os paradigmas do núcleo essencial do justo processo”, ou ainda, aquele em que “tem-se a

⁴⁰ Malgrado haver a possibilidade de serem construídos os mais diversos procedimentos, no exame da evolução do processo penal e dos ordenamentos existentes é possível identificar alguns tipos básicos, ainda que inexista uniformidade na designação e na inteira estruturação dos seus atos (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 47).

⁴¹ No Brasil, é considerado ordinário o procedimento dos crimes punidos com pena de reclusão, embora, até o Código de 1941, o procedimento ordinário tenha sido o dos crimes de competência do júri. Em outros países, em regra é ordinário o procedimento mais amplo, com as fases acusatória, intermediária e de julgamento, assemelhado ao procedimento do júri do direito brasileiro. É comum, ainda, que os ordenamentos denominem de ordinários dois ou mais procedimentos, separados em face de um denominador comum: e espécie de delito ou a quantidade de pena. Assim, em países que seguem o sistema francês, há um procedimento ordinário para crimes, outro para delitos e um terceiro para contravenções (Idem, p. 49-50).

máxima expressão das garantias do devido processo penal” (Idem, p. 61). Não olvidando que tratar-se-á, especificamente, do procedimento no âmbito da execução de condenação criminal, e portanto, haverá a necessária adequação do procedimento aos específicos fins pretendidos, somente assim, será possível analisar o grau de eficiência e garantismo do procedimento adotado.

2.2 As fases do procedimento-modelo

Como foi dito no item anterior, o direito ao procedimento se traduz na obediência a algumas regras predispostas, derivadas do devido processo penal, que devem sempre estar presentes no procedimento-modelo, e que poderão ou não ter a presença mitigada nas variações procedimentais, em razão das características específicas de cada situação que dê ensejo à variação procedimental em face do procedimento-modelo.

Scarance Fernandes (2005, p. 44-46) menciona os princípios da imparcialidade⁴², acusatório⁴³, da ampla defesa⁴⁴, da igualdade⁴⁵, e do contraditório⁴⁶, como aqueles em que se assentam os principais paradigmas do processo penal, e ensina:

Com base nos princípios referidos, pode-se, em linhas gerais, enunciar as seguintes diretrizes paradigmáticas para a estruturação de um procedimento processual penal justo, em primeiro grau de jurisdição, eficiente e afinado com as garantias do devido processo penal:

a) o ato inicial do procedimento deve consubstanciar acusação oferecida por sujeito

⁴² O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo (CINTRA, 2000, p. 51).

⁴³ O *processo acusatório* – que prevaleceu em Roma e Atenas – é um processo penal de partes, em que o acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; e, ainda, um processo de ação, com garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade (Idem, p. 58).

⁴⁴ No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios (Idem, p. 56).

⁴⁵ A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades e fazer valer em juízo as suas razões (Idem, p. 53).

⁴⁶ O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur el altera pars* (Idem, p. 55).

- distinto do juiz, incumbindo-lhe delimitar o fato que constitui o objeto do presente julgamento;
- b) os atos do procedimento devem ser desenvolvidos de modo a proporcionar a atuação imparcial do juiz e a participação contraditória e igualitária das partes; na ordem procedimental, devem ser proporcionados à defesa meios eficazes para reagir à acusação formulada e aos atos praticados pelo órgão acusatório;
 - c) durante o procedimento, devem ser reservadas fases especiais para que a acusação e a defesa possam provar as suas alegações; o julgamento só pode ser proferido após a produção de prova pelas partes e depois que essas tenham se manifestado a respeito da prova realizada.

De acordo com as diretrizes acima mencionadas, pode-se delimitar a necessidade da existência, na ordem seqüencial citada, das fases investigatória, acusatória, respeitada a possibilidade de manifestação contraditória e análise pelo julgador da admissibilidade da acusação, e de instrução e julgamento do procedimento-modelo, com algumas especificidades de cada uma delas, como, a necessidade de delimitação da pretensão inicial, a ser formulada por sujeito diverso do julgador; a possibilidade pela parte contrária de conhecimento e manifestação sobre a matéria delimitada na pretensão; a possibilidade de produção das provas indicadas por cada uma das partes; e o julgamento imparcial ocorrendo somente após a oportunidade de manifestação sobre as provas produzidas.

Há que se observar, ainda, que o julgador não está impedido de produzir provas de ofício, conforme ficou assentado e justificado no item 2.1, *supra*, desde que, o objetivo seja a mais justa e adequada solução da questão. Em outras palavras, desde que a atuação não se torne parcial, embora, a idéia paradigmática é de que a acusação deve, obrigatoriamente, ser formulada e sustentada e comprovada durante o procedimento por pessoa distinta do julgador, a quem a imparcialidade é sempre imposta.

Como é notório, a Constituição Federal em vigor atribui ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal (art. 129, I), em que pese, a possibilidade excepcional de acusação subsidiária e mesmo privativa do ofendido, em casos de inércia do titular ou naqueles em que o interesse particular se sobreponha ao público.

Registre-se, também, que por disposição legal expressa (LEP, art. 195), no

âmbito da execução de sentença penal condenatória, o juiz pode iniciar procedimento judicial de ofício, entretanto, a questão da iniciativa do juiz na execução penal vai ser analisada, com mais acuidade, durante o estudo das fases do procedimento-modelo na execução penal.

Também merece destaque a questão da ampla defesa, que impõe a exigência de que os procedimentos sejam dotados de meios aptos a possibilitar à parte acusada todas as providências possíveis e necessárias para impedir julgamento, embasado em alegações ou provas de que não tenha conhecimento prévio ou que não tenha podido combater, e, ainda, que tenha a possibilidade de produzir as provas que confirmem suas alegações, sempre atuando após a acusação.

Nunca é demais salientar que o processo comporta alterações decorrentes da evolução do Estado, e, portanto, as diretrizes que norteiam a elaboração dos procedimentos também estão sujeitas a essa influência, o que importa em variação “de acordo com a época, a tradição e a cultura jurídica de cada país” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 46).

2.2.1 A fase de investigação

A fase de investigação tem como principal função evitar “acusações infundadas e apressadas” (Idem, p. 74). O que se busca é justa causa para a ação penal⁴⁷, ou seja, um suporte mínimo que possibilite a propositura da ação penal, para que, presentes todas as garantias inerentes ao processo penal moderno, seja possível ao final de todos os atos do procedimento, haver um julgamento justo, embasado nos elementos de prova produzidos pelas partes e por iniciativa do juiz.

⁴⁷ Ao falar sobre a finalidade investigatória do inquérito policial, Vicente Greco Filho (1998, p. 92), conceitua justa causa como “o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria”. Aliás, embora a modernidade do direito processual penal, sobretudo com influência do fortalecimento das garantias individuais, tenha dado novos contornos aos institutos jurídicos, não é novo o conceito citado, Galdino Siqueira (1924, p. 306), já ensinava, também comentando a finalidade do inquérito policial, que “não é um ato judicial, [...] uma peça de instrução ou *instrumento*, para servir de base à denúncia, à queixa ou ao procedimento *ex-officio*”.

Segundo Frederico Marques (2000, p. 152):

A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter *preparatório e informativo*, visto que o seu objeto é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*.

Como se vê, a fase investigatória *prepara e informa* a ação penal, sendo, portanto, anterior a ela, mas não sem importância, pois “os atos nela realizados repercutem intensamente no desenvolvimento da relação jurídica processual” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 74).

Tendo em vista a importância dos atos realizados na fase investigatória, ganha relevo a questão da participação do investigado, tal participação, independentemente, do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico do país, é inexistente ou, quando se admite, é extremamente limitada⁴⁸, pois o caráter inquisitorial da investigação sempre foi uma de suas características mais marcante.

Embora a doutrina se esforce para convencer das vantagens existentes na realização das diligências requeridas pelo investigado, como forma de evitar acusações infundadas e até mesmo abreviar a investigação em determinados casos⁴⁹, a realidade tem mostrado que a investigação é conduzida no interesse exclusivo da acusação.

Nos sistemas inquisitoriais ou mistos, em que não há nítida separação das

⁴⁸ Segundo ao artigo 14 do CPC o indiciado pode requerer qualquer diligência durante o inquérito policial, acontece que o mesmo artigo possibilita a não realização da diligência segundo critério discricionário da autoridade policial.

⁴⁹ *As diligências pedidas, no inquérito, pelo indiciado.* A finalidade do inquérito é apurar a existência de uma infração punível e descobrir os responsáveis por ela; não visa a determinar a condenação do ou dos indivíduos, que são apontados como culpados; esses indivíduos têm o direito de promover, desde logo, os elementos capazes de ilidir a acusação, contra eles dirigida; é-lhes, portanto, perfeitamente lícito requerer qualquer diligência, que considerem útil aos interesses da sua defesa. Fica a critério da autoridade, que preside ao inquérito, deferir tal pedido, ou não o atender; só fará, naturalmente, isto, se entender que a diligência desejada não é realizável praticamente, ou é inútil ou prejudicial à apuração exata dos fatos.

De modo nenhum poderá justificar-se a recusa de atenção, ao requerimento de diligência capaz de trazer um esclarecimento real da ocorrência. É preciso que a autoridade policial não deixe de considerar o seguinte: de nada vale estar remetendo, a juízo, inquéritos feitos com critérios unilaterais, para fundamento de queixas ou denúncias, que ruirão fatalmente, no curso da ação judiciária, quando se levarão a efeito, até determinadas, de ofício, pelo juiz, as diligências, que, já na fase policial, se tinham como aptas a revelar a inocência do indiciado (ESPÍNOLA FILHO, 2000a, p. 349-350).

funções de acusar e julgar, ao juiz de direito cabe a investigação, já no sistema acusatório, no qual a separação das funções de acusar e julgar é essencial, a investigação fica a cargo da polícia, com a tendência de participação efetiva do Ministério Público⁵⁰, órgão encarregado da acusação, tema que, inclusive, tem suscitado grande discussão nos últimos tempos⁵¹.

Como já dito, a investigação prévia busca, principalmente, evitar acusações injustas, entretanto, mesmo nos países que adotam o sistema acusatório, o investigado é tratado como objeto da investigação, que sempre é conduzida de forma inquisitorial. O fato de que prevalece a posição de que os elementos produzidos na fase investigatória, e, portanto, longe do alcance do contraditório e da ampla defesa, não podem ensejar a condenação do acusado, não ameniza a situação, eis que como já salientado, a influência desses elementos no processo é intensa.

O tratamento discriminatório, dedicado ao investigado em conjunto com a atribuição do Ministério Público como encarregado de controlar a investigação, fez com que algumas legislações europeias previssem a obrigatoriedade de produção de provas benéficas ao investigado, durante a investigação, porém, o insucesso da medida⁵² acabou por resultar na discussão acerca da possibilidade de investigação pelo suspeito.

Não é difícil concluir que contraria o instinto do Ministério Público esmerar-se na busca de elementos probatórios que beneficiem o investigado, até pelo fato, de que em eventual ação penal, onde se produzirão as provas aptas ao julgamento, a defesa

⁵⁰ Sobre a relação entre a Polícia, enquanto órgão encarregado da investigação criminal, e o Ministério Público na Espanha, Itália, França, Inglaterra e Gales, Portugal, e Estados Unidos, ver Hendler (1999, p. 56, 143-144, 220-221, 283-284, 342, 433-434).

⁵¹ Os três esquemas ainda são encontrados na atualidade. No Brasil e na Inglaterra, a investigação é atividade atribuída à polícia, embora, nos dois países note-se avanço do Ministério Público para essa fase. Mantém-se a investigação por juiz instrutor na França e na Espanha, mas também nesses países há forte encaminhamento do Ministério Público para tal etapa. A direção ou supervisão da investigação pelo Ministério Público, antes característica dos Estados Unidos, foi acolhida pela Itália, por Portugal, pela Alemanha e nos países da América Latina que adotaram, em seus códigos, as linhas mestras do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 80-81).

⁵² Essa previsão tem se revelado utópica ou de difícil concreção prática, pois, na realidade, o que move a atuação do Ministério Público é a possibilidade de o investigado ser processado e condenado. Não se trata de esconder elementos favoráveis à defesa, se existentes, pois isso configuraria grave infração funcional, mas de dirigir a investigação segundo propósitos e intenções da acusação, descurando-se na colheita do que é favorável à defesa (Idem, p. 84).

atuará em igualdade de condições com a acusação.

Neste contexto, a investigação por parte do suspeito se mostra eficiente no intuito de equilibrar a posição das partes, Scarance Fernandes (Idem, p. 85) dá conta de que os Estados Unidos e Itália, mais recentemente, admitem a investigação particular, embora não descuide de ressaltar que ainda há preconceito com o resultado das investigações particulares.

A exigência de contraditório e ampla defesa, bem como, a existência do princípio de presunção de inocência do acusado, importam, necessariamente, na não utilização dos informes obtidos na fase de investigação como prova no julgamento, ocorre que mesmo não declarado expressamente, é extremamente difícil apreciar, em determinados casos, qual é o grau de influência no convencimento do julgador.

Essa influência contamina o julgamento, pois é certo que os informes investigatórios são obtidos, com a finalidade única de supedanear a acusação, e, por isso, não nascem num ambiente de respeito às garantias processuais. Diante disso, firmou-se posicionamento no sentido de que somente aquilo que fosse confirmado em fase instrutória, respeitando o contraditório e a ampla defesa, poderia influenciar no julgamento. Porém, isso “não tem conseguido impedir, na prática, a influência daqueles informes sobre o convencimento dos julgadores” (Idem, p. 91).

Partindo do pressuposto de que os informes obtidos na fase de investigação se prestam a evitar acusações apressadas e injustas, desprovidas do suporte mínimo exigível, não se pode admitir que ditos informes, acabem se transformando em argumento para verdadeira alteração do ônus da prova, ou seja, colocar o acusado em situação de ser obrigado a produzir prova que contrarie os elementos colhidos durante a investigação.

Outra consequência lógica da função da investigação prévia é a possibilidade de reação à imputação pelo acusado, antes do recebimento da denúncia⁵³,

⁵³ Não se repele, nem aqui no Brasil, nem nos países continentais europeus, a existência de uma fase de investigação policial após a prática do crime, essencial para desvendá-lo e revelar a sua autoria; o que, contudo,

entretanto, a regra no Brasil é que o acusado só tenha oportunidade de contrariar a acusação, após o recebimento da denúncia ou da queixa, que, inclusive, pode ser feito sem motivação pelo juiz, segundo a jurisprudência dominante, assunto que será tratado com maior acuidade no tópico seguinte.

É importante que, uma vez cumprido seu papel de sustentar a acusação, os elementos da investigação sejam desconsiderados, sob pena de haver séria ofensa à idéia de que o acusador deve provar suas alegações e que o acusado esteja protegido pela presunção de inocência e possibilidade de ampla defesa, e que o procedimento se desenvolva de forma contraditória.

É inevitável a conclusão de que a investigação prévia tem o caráter de importante garantia contra acusações desprovidas de fundamentação mínima e, da mesma forma é inarredável, a idéia de que os elementos produzidos nesta fase não se prestam à instrução probatória da causa.

A investigação prévia não interessa ao objetivo maior do trabalho, pois a execução criminal encontra na sentença penal condenatória e nas vicissitudes do cumprimento da pena os seus exatos limites, sendo que não há espaço para investigação policial prévia, entretanto, a completa compreensão do procedimento não prescinde da análise, ao menos estrutural, de todas as suas fases.

2.2.2 A fase de formulação da acusação, da reação defensiva e exame de admissibilidade da acusação

Conforme afirmado no item anterior, a investigação prévia tem por função preparar e informar a ação penal que precede, evitando o acolhimento de imputações desprovidas de um suporte mínimo que a ampare, ou, simplificando ainda mais, evitar ação

torna criticável o inquérito policial adotado entre nós é o fato de realizar a missão de instrução provisória da causa, fazendo com que o juiz, após a acusação, receba a denúncia ou a queixa sem oportunidade de a defesa se manifestar (Idem, p. 95).

penal carente de justa causa, o que conceituamos, recorrendo novamente a Frederico Marques (2000, p. 92), como “o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria”. É de se registrar que há posicionamento doutrinário no sentido de considerar a justa causa como condição autônoma da ação, portanto, distinta das três condições genéricas da ação, que são a possibilidade jurídica do pedido, legitimação para agir e interesse de agir.

O Código de Processo Penal, no artigo 41, estipula que a denúncia ou queixa “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias” e a “qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”, evidentemente, a finalidade da exigência é possibilitar a delimitação da imputação, com todas as suas características e conseqüências, bem como, a indubitosa identificação do acusado.

Afirma-se, portanto, que com a utilização dos informes obtidos na fase de investigação prévia, o encarregado da acusação deve delimitá-la e apresentá-la ao julgador, que, através de cognição sumária, analisará sua viabilidade, recebendo-a ou rejeitando-a.

A doutrina mais atenta aos postulados constitucionais do processo penal ensina que a admissibilidade da acusação deve ser precedida de oportunidade à reação defensiva e⁵⁴, se necessário, de diligências que auxiliem no esclarecimento dos fatos, para somente após haver o juízo de recebimento ou rejeição, tudo isso, em decorrência do respeito ao devido processo penal⁵⁵.

Entre nós, a possibilidade de reação à imputação antes de sua aceitação pelo julgador não é a regra, sendo reservada a casos específicos como no caso do julgamento de

⁵⁴ A fase *postulatória* compreende a atividade das partes destinada à exposição da pretensão, tanto do autor quanto do réu. Abrange, no processo de conhecimento, a petição inicial, a contestação e a réplica (ALVIM, 2002, p. 241).

⁵⁵ Essa soma de garantias influiu na formação do procedimento-modelo, indicando as fases e os atos essenciais para a sua formação, de modo a assegurar o devido processo legal: a existência de uma fase prévia destinada a apurar o fato e a autoria e a permitir a acusação; a existência de uma fase intermediária, anterior ao julgamento e posterior à investigação, destinada à formulação da acusação, à reação defensiva, a diligências complementares e ao exame, pelo juiz, da admissibilidade da acusação e do julgamento (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 105).

crimes de responsabilidades de funcionários públicos, previsto nos artigos 513 a 523 do Código de Processo Penal, nos crimes de imprensa, conforme artigo 42, § 1º, da Lei 5.250/67, nos casos de competência originária dos Tribunais Superiores, conforme artigo 4º, da Lei 8.038/90, bem como dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, conforme artigo 1º, da Lei 8.658/93, e, ainda, nos procedimentos previstos para as infrações penais de menor potencial ofensivo, Lei 9.099/95, e crimes relativos a entorpecentes, Lei 11.343/06.

Em que pese à imprecisão terminológica na denominação dos procedimentos no CPP, pode-se afirmar que o procedimento-modelo no ordenamento pátrio, é o destinado ao julgamento dos crimes apenados com reclusão, onde não há previsão de oportunidade de manifestação da defesa, anteriormente ao recebimento da denúncia ou queixa, sendo dispensada, inclusive, pelos Tribunais Superiores⁵⁶, a motivação no ato do recebimento. Restando ao acusado a via excepcional do *habeas corpus*, caso queira obter manifestação do tribunal competente sobre o recebimento da denúncia ou queixa, já que o recurso em sentido estrito é previsto apenas para a hipótese de rejeição da acusação, conforme inciso I, do artigo 581, do CPP. Sustentam alguns, inclusive, que eventual motivação do recebimento da denúncia ou queixa, pode implicar em análise prévia do mérito da causa.

Como exceção à via do *habeas corpus*, temos o recurso de agravo nos casos de recebimento da acusação nos crimes de competência originária dos Tribunais Superiores,

⁵⁶ “A decisão de recebimento da denúncia não necessita de fundamentação exauriente, pois não é ato decisório, mas de mera admissibilidade da acusação. [...] O STJ e o STF já decidiram que o recebimento da denúncia não exige fundamentação, entendendo que o recebimento é decisão interlocutória simples” (BONFIM, 2006, p. 439-440). Em nota na mesma página o autor menciona as decisões do STJ, no HC 36528/SP, HC 1882-MS, HC 13311-SP e HC 14440-SP, e do STF no HC 72286-5-PR.

A seguir decisões dos Tribunais Superiores: “Quanto ao recebimento da denúncia, urge considerar: de um lado, a decisão não tem carga decisória. De outro, o magistrado não pode antecipar seu entendimento quanto ao mérito [...]” STJ, RHC 4.801/GO, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 18.12.1995, p. 44624. “O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não qualifica e nem se equipara, para fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal não reclama, em consequência, qualquer fundamentação [...]” STF, 1ª T., Rel. Celso de Mello, *DJU* de 23.9.1994, p. 25328.

O mais surpreendente, entretanto, é que o STJ já decidiu que o recebimento da denúncia por juiz incompetente não gera efeito interruptivo do prazo prescricional, tendo em vista que ante o caráter decisório do ato só geraria o efeito se proferido por autoridade com jurisdição, a teor do art. 567, primeira parte do CPP (cf. STJ, 6ª T., HC 5.871/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, de 28.4.1997, p. 15919).

conforme previsão do artigo 39 da Lei 8.038/90, e o recurso em sentido estrito, sem suspensão do processo, no caso de recebimento da denúncia nos crimes previstos na Lei de Imprensa, conforme previsão do artigo 44, § 2º.

Os argumentos dos tribunais para justificarem a possibilidade de recebimento da denúncia ou queixa, sem a devida motivação, não convencem boa parte da doutrina, que, mais atenta ao alcance dos preceitos constitucionais, se coloca em rota de colisão contra tais argumentos, conseguindo, sem muita dificuldade, rechaçá-los e demonstrar sua inconsistência.

Assim também não se pode falar em fundamentação hábil quando a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa limita-se à afirmação da co-existência de *fumus bonis iuris* (fundamento razoável da acusação) e do legítimo interesse de agir do acusador, público ou privado: é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação.

Daí a grande falha de percepção, acerca do conteúdo do preceito constitucional analisado, daqueles que asseveram que o “recebimento da denúncia não é ato judicial que possa ser equiparado a sentença, não se constituindo em ‘decisão’ ou ‘julgamento’ propriamente dito. O disposto no art. 93, IX, da CF obviamente só alcança aqueles provimentos judiciais com carga decisória, não se estendendo a regra aos despachos de andamento processual” (cf. *RT* 662/280, e, no mesmo sentido, 653/301).

É por isso, aliás, que se continua admitindo decisões de recebimento de acusação mediante singelos lançamentos de carimbo, com afronta gritante ao claríssimo mandamento constitucional; vale dizer, *nulas de raiz* (TUCCI, 2002, p. 244-245).

O próprio Tucci⁵⁷ cita vários outros processualistas de renome, que compartilham de seu entendimento, aliás, o único compatível com o ordenamento constitucional vigente, e menciona inclusive julgados recentes⁵⁸, que se voltam contra o comodismo dos Tribunais Superiores.

É indispensável salientar, que o recebimento da denúncia ou queixa, altera a situação jurídica do imputado, que passa a acusado e deve suportar todas as conseqüências da relação jurídica processual, já com o peso de ter sido admitida a viabilidade da acusação,

⁵⁷ São mencionados Paulo Cláudio Tovo, Fernando Luiz Ximenes Rocha, José Antônio Paganella Boschi, Julio Fabbrini Mirabete, Renato de Oliveira Furtado, e, ainda, são traduzidos trechos de escritos de Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2004, p. 245).

⁵⁸ TRF 3ª Região, HC 5217, rela. Sylvia Steiner, *RT* 738:709 e *DJU* 12.06.1996, e TJCE, HC 97.04319-2, rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (Idem, p. 247).

situação que pode implicar, inclusive, na prisão ou mesmo continuidade da prisão do acusado.

Se por um lado do Código de Processo de 1941, não tem como regra a possibilidade de reação defensiva à imputação, verifica-se isso nos procedimentos estabelecidos por legislação posterior, ademais, nos projetos de reforma do código a possibilidade de manifestação do acusado antes do recebimento da denúncia tem presença constante, evitando-se, assim, uma série de conseqüências prejudiciais⁵⁹.

Considerem-se, a título de esclarecimento, as sérias conseqüências, quando há possibilidade de enquadramento, por parte do Ministério Público, no crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime equiparado aos hediondos, quando o acusado entende, de forma sustentável, que a conduta na verdade se amolda ao tipo penal de porte de substância entorpecente, que sequer é punido com pena privativa de liberdade, com advento da lei 11.343/06.

É certo que a possibilidade de reação à imputação, anteriormente ao recebimento de acusação, é medida salutar ao bom andamento da ação penal, sem que esta cause prejuízos passíveis de serem evitados *ab initio*, pela simples argumentação do acusado, assim tem caminhado o legislador pátrio, ao conceber novas leis e projetar reformas no Código de Processo Penal.

A exemplo do que se disse no exame da fase de investigação, a fase de formulação da acusação, reação do acusado e análise da viabilidade da imputação interessa pouco à execução de sentença penal condenatória, pela peculiaridade de já haver um título executivo definido, entretantes, o argumento para a exposição no trabalho é idêntico ao apresentado quando da análise da fase de investigação.

⁵⁹ A falta de oportunidade de defesa, antes de o juiz aceitar a acusação, não permite que o acusado possa sequer discutir a correção da classificação posta na denúncia, a fim de evitar conseqüências graves – como, por exemplo, a manutenção de sua prisão porque o Ministério Público, com excesso, enquadrou a conduta descrita na imputação entre os crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 127).

2.2.3 A fase de instrução probatória

Após o recebimento da imputação, baseada nos informes obtidos durante a fase investigatória, necessariamente haverá um momento destinado à comprovação das alegações iniciais das partes, eis que os informes iniciais não são provas e, portanto, não possibilitam o julgamento da pretensão inicial, este momento se traduz na fase probatória do procedimento⁶⁰.

Não é por acaso que, na fase postulatória, se fala em cognição da viabilidade da imputação, afinal o que se analisa é exatamente isso, ou seja, um conjunto de alegações que, se restarem provadas, oferecerão alicerce à condenação pretendida. Aquilo que inicialmente não passa de indício, apresentado pela acusação, precisa ser provado no processo, ou seja, no ambiente de respeito às garantias processuais disponibilizadas às partes, que possibilitam ao acusador, produzir provas conclusivas de suas afirmações e ao mesmo tempo, oferecem ao acusado, o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, este quadro não é capaz de impedir que, em determinadas hipóteses, o julgamento seja, também, baseado em elementos que não foram produzidos na fase probatória do procedimento. Não se pode desprezar o fato de que em algumas situações “a urgência da prova ou a impossibilidade de sua repetição” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 132), exigem sua produção em momento, em tese, inadequado.

Não são raros os casos, em que a prova pericial produzida na fase investigatória, não pode ser repetida, ou porque depende de vestígios que podem se perder com o tempo⁶¹, ou, ainda, porque refletem situações momentâneas que não podem ser

⁶⁰ A fase *probatória*, também chamada *instrutória*, permite às partes fornecerem ao juiz os elementos necessários ao conhecimento dos fatos em que se funda a pretensão ou a defesa. O juiz não julga com base em meras alegações, mas com base em fatos, e fatos *provados* (ALVIM, 2002, p. 241).

⁶¹ Não é possível esquecer que os vestígios de infrações penais são, de regra, altamente perecíveis, ou precisam ser removidos para que a atividade das pessoas volte à normalidade, logo a demora é incompatível com o processo penal (GRECO FILHO, 1998, p. 219). Por outro lado, “não se justifica, contudo, prova pericial sem

reproduzidas posteriormente, como, por exemplo, um estado de embriaguez ou a extensão de uma lesão corporal e até mesmo um testemunho em particular.

A propósito, a questão das perícias, em especial no que se refere ao exame de corpo de delito, comporta algumas considerações, já que, por disposição legal, é obrigatória para delitos que deixam vestígios, segundo o artigo 158, do CPP, somente sendo possível sua substituição por prova testemunhal em casos de desaparecimento dos vestígios, que tem sido denominado exame de corpo de delito indireto, conforme artigo 167 do CPP⁶². Além disso, a ausência acarreta nulidade, conforme prevê o artigo 564, III, b, do CPP.

Embora seja inevitável, em determinados casos, a realização de prova pericial na fase investigatória. O que justifica tal medida é a impossibilidade de não obtenção da prova em momento posterior, que faz com que sejam adotados meios de se adequar a situação à realidade processual, que não prescinde do contraditório, podendo, então, o acusado contestar amplamente a perícia, ou outra prova anteriormente produzida, por meio do denominado contraditório diferido ou postergado.

Ainda assim, abalizadas vozes na doutrina, entendem que o contraditório poderia, em casos especiais, ser obedecido já na fase investigatória:

Maior dificuldade poderá surgir quanto às perícias realizadas na fase policial, sem prévia manifestação da defesa e que, muitas vezes, representam a comprovação da própria materialidade do crime. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido. Nesse sentido decidiu o STF, entendendo que o indiciado não tem direito a oferecer quesitos quando se trata de perícia realizada na fase do inquérito policial: *RTJ* 58/434 (GRINOVER, 2000b, p. 151-152).

contraditório prévio na fase policial quando não há perigo para a prova” (SCARANCA FERNANDES, 2000, p. 77).

⁶² O art. 167 do Código de Processo Penal, como exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu (GRECO FILHO, 1998, p. 222).

Sem dúvida, respeitar o contraditório na fase investigatória, em situações excepcionais, seria um enorme avanço, entretanto, o que se vê é a manifestação de preferência ao conforto do lugar-comum, declarando-se, sempre que necessário, o caráter inquisitório da investigação policial, ao contrário de se estabelecerem precedentes que possibilitem o avanço do sistema punitivo.

De certo, pode-se afirmar que produção de prova não fica restrita à fase destinada a esta finalidade, entretanto, é nesta fase, distinta da fase de investigação prévia⁶³, que as partes desempenham a porção mais importante do seu papel no processo, buscando, a acusação, a comprovação dos elementos que sustentaram a imputação inicial, transformando-os em verdades no processo, possibilitando, assim, o êxito da pretensão punitiva. A defesa, ao seu turno, produzindo provas que, ao menos, coloquem em dúvida o conjunto probatório obtido pela acusação, senão sejam capazes de infirmá-lo totalmente.

Questão, também, fundamental no estudo da fase probatória é a problemática da natureza jurídica do interrogatório e os efeitos no processo de eventual confissão do acusado, uma vez que dependendo da opção no que diz respeito à natureza do interrogatório e do valor da confissão do réu, deve variar a seqüência procedimental.

Historicamente, o interrogatório foi visto como meio de prova ou de defesa do acusado, em tempos em que a confissão dispensava qualquer outra prova do crime, o interrogatório era o primeiro ato do procedimento, entretanto, sendo meio de defesa oferecido ao acusado posiciona-se melhor após a inquirição das testemunhas⁶⁴. O que se pode afirmar,

⁶³ Nas recentes reformas processuais penais européias, avulta a importância de uma clara distinção entre a fase destinada a investigar o fato, a preparar a acusação e a fase voltada à produção de provas para o julgamento. Durante a prevalência de sistemas mistos nos países continentais, não havia essa cisão. Aquilo que o juiz instrutor colhia durante a fase de instrução provisória valia para o julgamento, e incumbia ao acusado desmoronar o edifício probatório anteriormente construído. Com os novos sistemas acusatórios, há nítida separação entre as fases de investigação e as de instrução e julgamento, nas quais são produzidas as provas passíveis de serem consideradas por quem julga. A utilização de material antes obtido para a decisão final constitui forma de ilicitude estrutural (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 132).

⁶⁴ No século XX, ante as variações decorrentes do período das Guerras Mundiais e dos movimentos reformistas posteriores, debate-se a respeito da natureza jurídica do interrogatório, ato de defesa ou ato de instrução.

com certeza, é que a opção que se faz em relação à função do interrogatório influencia na sua colocação na ordem procedimental.

No Direito Brasileiro, especificamente, o interrogatório seguiu o mesmo caminho, primeiro por influência do Direito Português, de caráter inquisitorial, o acusado podia ser interrogado por várias vezes, na busca da confissão. O Código de 1832 previa quatro interrogatórios, que passaram a ser três com o fim do júri de acusação, por consequência da Lei de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 1842, sendo os dois primeiros conduzidos pela autoridade policial, com a finalidade de “verificar se resulta suficiente suspeita para por o réu em custódia, isto é, para requisitar a prisão preventiva, ou se o caso é do réu livrar-se, solto ou afiançado” (Idem, p. 139).

Intimamente ligado à natureza do interrogatório, o direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro, encontra seus antecedentes remotos no Decreto 848, de 1890, que possibilitou ao acusado responder apenas sim ou não às perguntas⁶⁵, já no Código de 1941 o interrogatório foi concebido como meio de prova, e, portanto, realizado anteriormente aos depoimentos das testemunhas, fato que provocou manifestação doutrinária no sentido de que, mesmo assim, o interrogatório devia ser visto como ato de defesa⁶⁶, posição que se solidificou com a Constituição de 1988, que assegurou o direito ao contraditório, ampla defesa e ao silêncio.

Prevalece, atualmente, a idéia de que o interrogatório é ato de defesa e, por isso, o acusado tem direito ao silêncio, não podendo ser constrangido a produzir prova contra a sua pessoa (Idem, p. 136-137).

⁶⁵ No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente – *sim* ou *não*, e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo.

É a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos: ahi está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito da defeza.

De accôrdo com estes princípios, foi elaborado o art. 58 do Decr. nº 848 de 1890, consolidado nos arts. 173 e 174 do Decr. nº 3084 de 5 de novembro de 1898 (SIQUEIRA, 1924, p. 333).

⁶⁶ É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório -, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam* (GRINOVER, 2000b, p. 79).

Estabelecido constitucionalmente, o direito ao silêncio do réu⁶⁷, pode parecer insólito discutir acerca da possibilidade de o exercício desse direito ser apreciado em desfavor do acusado, entretanto, por mais lógico que seja tal raciocínio, ainda se questiona sua validade. Suannes (1999, p. 277-278), ao dissertar sobre “o direito do réu ao silêncio” demonstra inconformismo com um panorama de descrédito às garantias constitucionais e salienta:

Chega-se ao cúmulo de entre nós juízes negarem aplicação a preceitos constitucionais garantidores do *due process*, o que é simplesmente a negação da própria razão de ser do juiz que, não por acaso, ao empossar-se, prestara juramento de fidelidade à Magna Carta.

Exagero? Pois leia-se o aresto seguinte, que tem como relator ninguém menos do que o festejado deontólogo cuja lição lemos com muito proveito no primeiro capítulo deste livro:

“EXECUÇÃO PENAL – Incidente – Procedimento administrativo – Presunção de licitude do ato praticado pela Administração Pública – Ônus da prova em contrário que compete ao prejudicado – Princípio do contraditório a ser temperado, uma vez presente a insuficiência dos meios materiais do Estado, para suprir as necessidades vitais da população segregada.

Ementa Oficial: A exigência do contraditório e da plenitude de defesa em procedimento administrativo, contemplada no inc. LV do art. 5º da Constituição da República e no art. 143 da Constituição Paulista, merece temperamento em tema de incidente na execução da pena, presente a insuficiência dos meios materiais e a presunção de legalidade da atuação estatal. HC 272.916/7 – 11ª C. – J. 15.5.95 – Rel. Juiz RENATO NALINI – TACRIM-SP.

Após a sedimentação da idéia de interrogatório como meio de autodefesa do acusado, como corolário das garantias constitucionais vigentes, posiciona-se melhor o interrogatório, após a oitiva das testemunhas, afinal a autodefesa se faz de forma contraditória, uma vez estabelecida a versão ou versões das testemunhas o acusado poderá apresentar a sua versão para os fatos de forma a buscar a melhor solução do processo.

Este quadro se verifica no procedimento estabelecido pela Lei 9.099/95, que trata do julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, por outro lado, na recente Lei 11.343/06, que trata dos crimes relacionados às drogas, o critério adotado foi o de estabelecer a oitiva das testemunhas após o interrogatório do acusado, que é o primeiro ato a ser realizado

⁶⁷ O silêncio do acusado, na ótica Constitucional, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, direitas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento (Idem, p. 80).

na audiência de instrução e julgamento, prevista nos artigos 56 a 58 do diploma. É de se observar que a opção pela abreviação do rito procedimental, concentrando instrução, debates e julgamento num mesmo momento, não impede e tampouco justifica, a ordem estabelecida, já que a Lei 9.099/95, que prevê rito procedimental de maior brevidade e concentração, e mesmo assim estabelece o interrogatório ao final da instrução.

Recentemente, por intermédio da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Capítulo III, do Título VII, do CPP, foi alterado de forma a se adequar aos preceitos constitucionais vigentes, ressaltando-se o direito ao silêncio e acrescentando-se expressamente, a impossibilidade de interpretação do silêncio em desfavor do réu, sob pena de transformar-se em um direito ilusório, conforme afirma Roxin (2000, p. 108). Bem como, o direito de entrevista reservada entre o acusado e seu defensor antes do interrogatório, além de reformulação de todos os outros dispositivos relativos ao interrogatório judicial do acusado⁶⁸.

A confissão do acusado, enquanto era vista como objetivo maior do interrogatório, chegou a representar desnecessidade de prosseguimento do processo, por justificar, sem outras evidências, a condenação, passando o interrogatório a ser visto como meio de defesa, a confissão passou a ter o valor de qualquer outra prova, devendo ser analisada no contexto, conforme estipula o artigo 197 do CPP⁶⁹. Porém, atualmente, o valor da confissão voltou a ganhar importância em virtude de que “boa parte das alternativas procedimentais está nela assentada ou depende de conformidade do acusado à proposta do

⁶⁸ A lei mencionada adequou o CPP ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial, consonantes com os princípios constitucionais vigentes, já que em relação à advertência de que o silêncio poderia prejudicar o acusado, expressa no art. 186 do CPP, afirmava-se que: “Somente a primeira parte do dispositivo há de ser observada pelo juiz, em face da Constituição superveniente, não sendo de se aplicar qualquer ameaça ou alusão velada que possa coibir o acusado” (GRINOVER, 2000b, p. 80). Da mesma forma, em relação ao contato prévio do acusado com o defensor e presença durante a realização do interrogatório, como conseqüências do direito à assistência do advogado, art. 5º, LXIII, da CF, afirmava-se que: “[...] significa a possibilidade de presença do defensor no interrogatório, tanto na polícia como em juízo, ainda que não possa ele formular perguntas ou influir nas respostas [...] E significa mais: que deve ser assegurada ao indiciado ou acusado a oportunidade de contato prévio com o defensor, para que se faça a interação entre a autodefesa e a defesa técnica” (Idem, p. 83).

⁶⁹ A confissão judicial é meio de prova direto, embora jamais seja absoluta, o que significa que, isolada, não deve levar à condenação (NUCCI, 1999, p. 252).

Ministério Público” (SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 133). Registre-se que a transação penal prevista na Lei 9.099/95 independe de confissão, embora a aceitação da proposta do Ministério Público implique em possibilidade de aplicação imediata de pena de multa ou restritiva de direitos.

A prova testemunhal sempre foi vista como meio de oferecer credibilidade à acusação, disso resultaram situações como a necessidade de haver um número mínimo de testemunhas que confirmassem o que se imputava ao réu sob pena de condenações injustas, com o avanço da sociedade, reservou-se aos testemunhos colhidos na fase prévia de investigação a função de amparar a imputação inicial. Por conta disso, passou-se a exigir a renovação dos testemunhos para sua utilização na condenação, “dando margem ao que se denominou de *recollectio*” (Idem, p. 134).

À medida que o acusado foi igualando sua posição perante a acusação, abriu-se a possibilidade de oitiva de testemunhas de forma contraditória, o que, de outro lado, acabou por ser visto como problema, ante a necessária repetição de atos durante o procedimento, sendo que em caso de procedimentos com fase prévia de investigação, fase de sumário de culpa e fase de julgamento, as mesmas testemunhas podem ser ouvidas por três vezes, prática considerada empecilho para a celeridade processual.

No Brasil, desde o Código de 1832, havia a possibilidade de o acusado formular perguntas às testemunhas, a menos que tivessem sido ouvidas na sua ausência e não fosse possível ouvi-las novamente, assim, a necessidade do juiz ouvir as testemunhas pessoalmente sempre existiu, e manteve-se nos procedimentos uma fase destinada à produção da prova testemunhal, até a legislação em vigor.

Merece destaque a existência, ainda dentro da fase de instrução probatória, a existência de um momento destinado às partes requerem diligências relativas ao que já foi produzido nesta fase, o artigo 499 do CPP, possibilita acusação e defesa buscarem

complementar as provas produzidas e até mesmo esclarecer elementos que não tenham sido suficientemente explorados durante a instrução, desde que, a “necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Entretanto, não se trata de faculdade que possibilite às partes ampliar a instrução da causa pura e simplesmente, já que o momento de requerimento de provas para a acusação é a denúncia e para o acusado a defesa prévia, artigos 41 e 395 do CPP, respectivamente, ficando a cargo do juiz à análise da necessidade e conveniência da realização das diligências requeridas pelas partes na fase do art. 499 do CPP⁷⁰, porque eventual nulidade somente ocorrerá havendo comprovado prejuízo.

2.2.4 A fase decisória

Após o encerramento da fase de instrução probatória, resta às partes a análise de todo o conjunto de alegações e provas, na intenção de esclarecer e influenciar o julgador⁷¹, de acordo com a sua visão sobre os pontos essenciais ao julgamento da causa.

É obrigatória às partes, a manifestação antes do julgamento, ao acusador público, a análise do conjunto de provas é indispensável por força da aplicação do princípio da indisponibilidade da ação penal⁷², segundo o qual, após o início o acusador não poderá desistir do prosseguimento do feito, portanto, mesmo que para conformar-se com a falta de comprovação da imputação, após a instrução, e posicionar-se pela improcedência do pedido, o

⁷⁰ Já decidiu o STF que “não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligências requeridas pela defesa, se foram elas consideradas desnecessárias pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência do procedimento então proposto”. HC 76.614-0, Rel. Ilmar Galvão, DJU de 12.6.1998, p. 53.

⁷¹ É nesse “momento argumentativo”, com efeito, que os interessados na decisão, criticando as provas, extraindo de seu contexto os fatos sobre os quais constroem suas versões e, sobretudo, buscando demonstrar o direito aplicável à hipótese, exercem com plenitude o poder de influir positivamente sobre o convencimento do juiz, colaborando, assim, no exercício da jurisdição (GRINOVER, 2000b, p. 199).

⁷² Todavia, mesmo os sistemas penais filiados ao princípio da obrigatoriedade admitem alguma atenuação do princípio, abrindo caminho para a discricionariedade, regulada por lei, pelo menos com relação às infrações penais de menor gravidade. A Constituição brasileira, atenta a essa tendência, contempla a transação, em matéria penal, para as denominadas *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 98, inc. I), no que foi secundada pela lei n. 9.099/95 (CINTRA, 2000, p. 61).

acusador deverá apresentar sua manifestação. Já em relação ao acusado, a manifestação, em face das provas produzidas, é necessária como complemento do contraditório e da ampla defesa, sendo indicada a nomeação de defensor dativo, em casos em que o defensor atuante no processo, intimado para apresentar alegações finais de defesa, não o fizer, sob pena de decretação de nulidade⁷³.

Se, formalmente, a apresentação de alegações finais evita decretação de nulidade, há que registrar, ainda, a possibilidade de decretação de nulidade diante da deficiência das alegações⁷⁴, já que por decorrência dos princípios constitucionais vigentes, não basta o mero cumprimento das formalidades, sendo necessário ao efetivo cumprimento das garantias processuais, que os atos sejam praticados de forma a atingirem seu objetivo, portanto, somente estará observado devidamente o contraditório, quando as alegações das partes forem articuladas coerentemente com o conjunto probatório, evitando-se a utilização de raciocínios genéricos ou superficiais⁷⁵.

A exigência de um contraditório efetivo equilibrado impõe que se analise, em certos casos, o próprio conteúdo das alegações oferecidas, sob pena de se transformar a participação nessa fase em mera formalidade inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o convencimento do julgador (GRINOVER, 2000b, p. 202).

É de se ressaltar que no caso de ação penal privada, há possibilidade de renúncia, perdão ou preempção, em decorrência da disponibilidade do direito de ação, já que se prefere a vontade do ofendido ao *jus puniendi* Estatal, portanto, se em fase de alegações finais o querelante abandonar a ação, ou mesmo, não requerer a condenação do acusado,

⁷³ Ante a renúncia do defensor constituído a parte há de ser notificada para indicação de novo advogado. Não o fazendo, deve ser nomeado defensor dativo sob pena de ofensa à garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF) e do disposto no artigo 564, III, c, do CPP. Ordem concedida para anular o julgamento e determinar que outro se realize com observância das garantias do acusado. STF, HC 72645/SP, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 22.09.95.

⁷⁴ Se a ausência das alegações finais leva à nulidade, é correto sustentar que a sua flagrante deficiência também produza a mesma consequência. Assim, cabe às partes a apresentação de alegações finais completas, contendo verdadeiramente argumentos relativos à avaliação da prova produzida. Arremedos de alegações não devem ser aceitos pelo magistrado (NUCCI, 2007, p. 636).

⁷⁵ A propósito o STF editou a súmula 523, que estabelece: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

haverá a perempção, a teor do disposto na parte final do inciso III, do artigo 60 do CPP.

Por imposição da forma contraditória como se desenvolve o processo penal, a seqüência lógica imposta é a manifestação do acusador em primeiro lugar, para somente após, manifestar-se a defesa.

Ocorrendo, por razão da instrução probatória, alteração no fato imputado, ou, restar comprovada a ocorrência do outra infração, será necessário o aditamento da denúncia e posterior manifestação da defesa, da mesma forma, havendo comprovação da participação de pessoa não arrolada na acusação, necessariamente, haverá aditamento da denúncia ou nova acusação separada, com citação e renovação dos atos processuais, haverá, ainda, necessidade de serem ouvidas as partes, caso o juiz determine a produção de novas provas (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 147).

Se a alteração no fato imputado importar em inclusão de circunstância não citada na denúncia, explícita ou implicitamente⁷⁶, que não acarrete aumento de eventual pena a ser aplicada, deverá o juiz conceder prazo para manifestação da defesa, que poderá, inclusive, arrolar testemunhas, ocorrendo, nesta hipótese, a “mudança do fato narrado na denúncia” (Idem, p. 128), ou *mutatio libelli*, prevista no *caput* do art. 384 do CPP.

Evidentemente, o acusado deve defender-se dos fatos a eles imputados, com todas as circunstâncias, se por ocasião da instrução foi aclarada circunstância não constante da imputação, deverá ser renovado o direito de defesa antes do julgamento, sob pena de nulidade da decisão.

Por outro lado, se a alteração no fato imputado importar na possibilidade de aplicação de pena mais severa ao acusado, hipótese prevista no parágrafo único do art. 484 do CPP, deverá o juiz dar oportunidade ao acusador para aditar a denúncia, abrindo-se, logo

⁷⁶ Sucede, porém, possa a prova colhida, na instrução criminal, convencer de que ao fato é de ser dada nova definição jurídica, mas com contemplação de uma circunstância, ou elemento, fundamental, substancial, essencial, que concorre, precisamente, para imprimir-lhe fisionomia diversa, em face da lei penal, sem estar contido, de modo declarado, na denúncia ou na queixa, ou compreendido tacitamente, esse elemento ou circunstância (ESPÍNOLA FILHO, 2000b, p. 128).

após, prazo para manifestação da defesa, que poderá, ainda, arrolar testemunhas.

As hipóteses acima não se confundem com a possibilidade de nova definição jurídica do fato, independentemente, de agravação da pena, providencia que o juiz pode tomar sem manifestação das partes, e que se denomina *emendatio libelli*⁷⁷. Entretanto, a doutrina já questiona este posicionamento tradicional, dando ênfase à total eficácia do princípio do devido processo penal⁷⁸.

No caso de determinação de produção de novas provas, expressamente estabelecido pelo art. 502 do CPP, o juiz tem condições de analisar o contexto de provas produzidas, as alegações finais das partes, e agir no interesse de “sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”. Nucci (2007, p. 636), comenta o dispositivo, ressaltando a necessidade de intimação das partes “para que haja o devido acompanhamento”, durante a produção da prova determinada.

Conforme afirmado durante o exame da fase de investigação prévia, os elementos amealhados ali, não devem influenciar no julgamento. Por outro lado, já se afirmava que a influência é inegável, pelo fato de que se produz prova na investigação, como por exemplo, as perícias, e ainda, pelo fato de que todo o inquérito policial acompanha a denúncia nos autos do processo, o que dificulta, para não dizer que impede, a possibilidade de se averiguar o grau de influência do inquérito na convicção do julgador.

A impossibilidade de utilização no julgamento de elementos obtidos fora do alcance do contraditório é alardeada pela doutrina e jurisprudência, que afirma de forma categórica que “as provas constantes, quer do inquérito policial, quer dos procedimentos ou

⁷⁷ O caso será de inovação da classificação delituosa, sem que tenha havido inovação da espécie de fato. E, por isso mesmo, não se pode alegar surja, em rigor, uma surpresa para o acusado, pois tomou para si, no processo, fazer defesa a respeito da ação violadora da lei penal, que a denúncia lhe imputa, e, não, do delito aí capitulado (Idem, p. 114).

⁷⁸ O art. 383 do Código também exige nova interpretação. Não se pode mais entender que ele autoriza o juiz a aplicar pena mais grave em quaisquer circunstâncias, ainda quando o tema da desclassificação não tenha sido objeto de pronunciamento da acusação ou da defesa. Só não haverá ofensa ao devido processo penal se o juiz, com a desclassificação, atender pedido das partes, objeto de prévio contraditório (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 174).

sindicâncias administrativas em geral, não se prestam senão à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento da denúncia” (GRINOVER, 2000b, p. 121).

Essa posição, incontestemente na doutrina brasileira, é corroborada por julgados sem conta dos tribunais, afirmando que prova suficiente para a condenação é aquela colhida em juízo: só para exemplificar, veja-se acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Soares Muñoz, *in* RT 540/412. E recorde-se, ainda, a percuciente observação de Alberto Silva Franco, quando juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que ponderou, com lógica irredutível, que se uma condenação pudesse ter por suporte probatório apenas elementos retirados do inquérito policial, ficaria o Ministério Público, no limiar da ação penal, exonerado de comprovar a acusação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução criminal se transformaria numa atividade inconsequente (TACrim, *Julgados*, 66/454) (Idem, p. 121).

Scarance Fernandes (2005, p. 68) leciona que o caminho até este posicionamento passou por momento diverso, quando da entrada em vigor do Código de Processo Penal, época em que se entendia ser o inquérito policial semelhante ao sumário da culpa, e, portanto, possuía valor probante, e relata, também, que foram os estudos constitucionais do processo que influíram para o atual posicionamento, ressaltando, entretanto, que “se tem admitido a influência do inquérito na condenação quando os seus dados são confirmados por outras provas judiciais”. Assevera, ainda, a impropriedade de se fazer inserir os autos de inquérito policial nos autos do processo, e ao final, arremata que, embora se tenha pacificado na doutrina que somente provas produzidas na fase de investigação, em razão de sua natureza ou urgência, podem ser utilizadas no julgamento, “na prática, são utilizados como prova os informes obtidos pela polícia”.

Estabelecidas as premissas fundamentais à fase destinada ao julgamento da pretensão acusatória, resta concluir, lembrando que o julgador apreciará as provas de acordo com o sistema da persuasão racional, ou, livre convencimento motivado, podendo, portanto, apreciar livremente o conjunto probatório (art. 157 do CPP), sem qualquer imposição legal no que diz respeito ao valor de cada tipo de prova, sendo necessária, contudo, a motivação da decisão (art. 93, inc. IX, da CF), que possibilitará às partes conhecer as razões da decisão e, eventualmente, contestá-las, em recurso à superior instância.

2.3 O procedimento-modelo na execução da sentença penal condenatória

Uma vez analisado o procedimento-modelo no processo penal brasileiro, passaremos ao estudo do procedimento-modelo na execução de sentença penal condenatória, tomando como tal o previsto nos artigos 194 a 197 da Lei de Execução Penal⁷⁹, respeitadas, logicamente, suas especificidades, e tomando como premissa básica, a jurisdicionalização da execução de sentença criminal e os efeitos de sua existência num contexto de eficiência e garantismo, conforme estudado nos itens 1.7 e 1.8, capítulo I.

Essa tomada de posição metodológica, pela qual o processo de execução penal tem natureza jurisdicional (apresentando as características inerentes a tal função: a substitutividade e a atuação da vontade concreta da lei), tem conseqüências práticas importantíssimas. Nessa visão, o réu não pode mais ser considerado, como no processo administrativo representado pelo inquérito policial, mero objeto da execução; torna-se titular de posições jurídicas de vantagem, como sujeito da relação processual. E as garantias constitucionais do *devido processo legal* e do *contraditório* não de ser-lhe amplamente asseguradas, mediante observância do direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), do duplo grau de jurisdição, igualdade processual etc. (CINTRA, 2000, p. 315).

Durante a execução de sentença penal condenatória, conforme já restou assentado no item 1.8, capítulo I, permanecem intactos todos os direitos não atingidos pela sentença, e no que se refere ao procedimento a ser adotado, em que pese a existência de peculiaridades, o devido processo legal, com todos as suas garantias deve ser obedecido, “ainda que seja informado por princípios de economia, informalidade e celeridade” (Idem, p. 52).

Portanto, na execução de sentença penal deve se obedecer às diretrizes paradigmáticas estabelecidas para os procedimentos no âmbito do processo penal, eis que, são

⁷⁹ A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) cuidou de um único procedimento para todas as espécies de execução penal, vale dizer, para as penas privativas de liberdade das diversas modalidades (reclusão, detenção e prisão simples), as privativas de direitos e a multa, bem como para as diversas formas de medidas de segurança (BENETI, 1996, p. 109).

É estabelecido um procedimento-tipo para a decisão dos incidentes (arts. 194 a 197), mas que se aplica também subsidiariamente aos procedimentos principais, em qualquer fase, quando não houver previsão expressa de outro rito. Assim, por exemplo, no procedimento relativo ao cumprimento da pena privativa, nas diversas etapas da progressão de regime, antes de cada decisão judicial deverão ser seguidos os arts. 195 e 196 (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 52).

frutos dos princípios informadores da disciplina, além disso, é de se destacar, devido à sua autonomia, alguns princípios próprios, de contornos específicos, à fase de execução criminal.

Assim, os princípios informadores do direito de execução penal, observada sua fisionomia própria, atuam no sentido de iluminar suas bases ou fundamentos e, por igual, orientam sua aplicação e o sentido de sua compreensão. Daí porque, no tema da matéria penal executória, seus princípios informadores assumem natural relevância, em especial, em se considerando a necessidade de se esclarecer seu âmbito de aplicação e os respectivos limites (GOULART, 1994, p. 86).

Goulart, que se dedicou ao estudo dos princípios informadores do direito da execução penal, destaca em sua obra, os princípios da legalidade, da personalidade, da isonomia, da proporcionalidade e o da humanidade, dando especial destaque aos dois primeiros.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade na execução de sentença criminal, segundo Goulart (1994, p. 86), “concebido na tradicional formulação *nullus crimen poena sine lege*”, se traduz em “um dos esteios básicos do Direito Penal moderno, sob a égide do Estado Democrático de Direito”, sendo primordial para que o Direito da Execução Penal possa atingir seus objetivos, pois para tanto “é necessário dotá-lo de segurança jurídica” (Idem, p. 91). Este posicionamento se coaduna com a exposição de motivos da LEP, que no número 19, dispõe que o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito da lei, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução, comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Tucci (2004, p. 270), ao seu turno, entende a legalidade na execução penal como a “derradeira *garantia* inerente ao *devido processo penal*”, colocando-a como “indispensável e inarredável complemento de todas as outras, reiteráveis no processo de

execução da sentença penal condenatória”.

Germano Marques da Silva (1994, p. 372) afirma que na execução penal:

Uma das manifestações desse princípio consiste na exigência de um *título judiciário de execução*, o que significa que uma qualquer reacção criminal não pode executar-se se não tiver sido decretada por um órgão judiciário competente através de um processo regularmente conduzido.

Por certo, não é possível conceber a execução de uma sentença condenatória, fruto do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ambos norteados pelo princípio da legalidade, sem que este princípio continue vigente, possibilitando ao condenado o efetivo respeito aos direitos não atingidos pela sentença, já que:

a via executória penal, em decorrência do próprio conteúdo do direito de punir do Estado, está estritamente submetida ao Direito, sendo por ele regulada, nele encontrando seus limites e no ordenamento jurídico, sua fonte única (GOULART, 1994, p. 92).

Assim, o princípio da legalidade, enquanto informador do sistema da execução penal e, pois, uma de suas verdades fundantes, tem extrema importância no interior de um ordenamento que se propõe a ser democrático e humanizador, atuando no sentido de conferir-lhe dignidade e estabilidade, proporcionando-lhe, pois, a indispensável funcionalidade, possibilitando que a exceção da pena se desenvolva de forma orientada (Idem, p. 95).

No que respeita ao procedimento a ser adotado no âmbito da execução de sentença criminal, encarado como direito fundamental, em consonância com o que já se afirmou neste trabalho⁸⁰, é no campo da atuação positiva do Estado, com especial ênfase aos direitos fundamentais à liberdade e à segurança, que se situa este direito.

De tal forma, que o procedimento positivado para a execução criminal deverá assegurar, por parte do sentenciado, o pleno exercício da liberdade de gozo dos direitos não afetados pelo comando condenatório⁸¹. Ao mesmo tempo, garantir o direito

⁸⁰ Ver item 1.6, capítulo I.

⁸¹ Segundo Grispigni, a relação jurídica da execução penal não é senão um momento da relação jurídica punitiva, tendo os mesmos sujeitos e o mesmo conteúdo e objeto. De outra parte, a diminuição dos bens jurídicos a ser inflingidos ao condenado não pode ser maior ou diversa do que aquela estabelecida no direito objetivo, podendo o condenado, como sujeito jurídico, tutelar a esfera de seus direitos não diminuídos na sentença (Idem, p. 92).

fundamental à segurança, não só em relação à sociedade, mas como em relação ao indivíduo sujeito ao cumprimento de uma sentença condenatória, relevando-se, que, quanto maior o grau de sujeição do indivíduo, maior a responsabilidade do Estado no que respeita à sua segurança.

Em razão disso, quem está submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade, por exemplo, e, portanto, totalmente sujeito à custódia da autoridade responsável, deverá ser beneficiado com plena garantia de segurança por parte do Estado.

Assim, a legalidade da atuação Estatal na execução criminal, somente será garantida com a positivação de um procedimento, apto a oferecer garantia aos direitos fundamentais à liberdade e à segurança, tanto do condenado, como da sociedade.

Não basta uma legalidade aparente⁸², deve ela ser efetiva, ou seja, a validade do procedimento positivado não estará apenas condicionada à legalidade de sua produção legislativa, mas também, à obediência de todos os postulados constitucionais, mormente aqueles estabelecidos como direitos e garantias individuais fundamentais. Daí porque, uma norma legal pode obedecer à legalidade no que toca ao processo legislativo previsto, mas, em contrapartida, afrontar a legalidade no que diz respeito ao ordenamento como um todo, ou seja, analisando-se atentamente a todos os valores fundantes do estado, em especial, aqueles que fixam direitos e garantias individuais.

2.3.2 Princípio da personalidade e da proporcionalidade

Diante do declínio da responsabilidade objetiva no Direito Penal, a culpa

⁸² Sabe-se como precisamente na matéria referente aos direitos fundamentais se delineou, desde cedo, a exigência de uma apertada proteção em face da Administração, traduzida no princípio da legalidade. E não se ignora, do mesmo passo, como as exigências do Estado de direito vieram submeter à lei a definição dos direitos e deveres dos reclusos e da administração penitenciária tornando incompatível com a Constituição (art. 267.º, n. 2) a doutrina da limitação dos direitos fundamentais do recluso segundo a teoria clássica das relações especiais de poder, acusada, nomeadamente, de “criar” a aparência de legalidade” (RODRIGUES, 1999, p. 176).

passou a ser elemento indispensável à imposição de pena, além disso, eventual pena a ser aplicada deve corresponder à medida da culpabilidade do delinqüente, incluindo até mesmo características pessoais, como personalidade e conduta social, de modo que a pena aplicada seja adequada à sua responsabilidade. “Destarte, o princípio da culpabilidade protege o indivíduo da superioridade do poder estatal, atuando como conceito limitador da pena” (GOULART, 1994, p. 96).

Entretanto, a culpabilidade, que obriga a correta adequação da pena cabível ao delinqüente, não encerra o caráter da personalidade no Direito Penal, que inspira diretamente o princípio da individualização da pena, não só no ato da sua aplicação, como também, no momento da sua execução.

Conforme preceitua do art. 5º da LEP, os condenados deverão ser classificados para possibilitar a individualização da execução penal, segundo seus antecedentes e personalidade, evidenciando-se a presença marcante do princípio da personalidade nesta fase, obviamente que essa medida se deve à busca dos fins a que se propõe a execução penal, ou seja, dar cumprimento à condenação, possibilitando a integração social do sentenciado (cf. art. 1º, da LEP).

Evidentemente, ao se classificar o delinqüente, na busca dos motivos que o levaram ao cometimento do crime, do melhor meio de puni-lo, e prevenir a reincidência, se rechaça, de início, a idéia de tratamento padronizado aos sentenciados, respeitando as individualidades, e porque não dizer, a dignidade humana⁸³.

Como corolário do princípio da personalidade, informa a execução penal o princípio da proporcionalidade, como justificativa e fundamento da pena, servindo de base à exata adequação do delito praticado, em atenção ao postulado da pena retributiva. Segundo Goulart (Idem, p. 109), a proporcionalidade se estabelece, ainda, na execução da pena pela

⁸³ Extrai-se, portanto, dessa ordem de idéias que o condenado, por seu crime, além de ser segregado do corpo social, deva ser submetido a reavaliação pessoal e de suas atitudes perante a sociedade, através de processos destinados a melhorá-lo, permitindo-lhe retornar ao convívio social (Idem, p. 102).

classificação do condenado.

2.3.3 Princípio da isonomia

O art. 3º, a LEP, além de resguardar todos os direitos não atingidos na sentença condenatória, reconhece, ainda, ao sentenciado o direito de tratamento isonômico, impedindo qualquer tipo de discriminação racial, social, religiosa ou política.

Se por um lado, exige-se a individualização da pena, tanto no momento da sua fixação, como durante sua execução, por outro, proíbe-se qualquer tratamento desigual para condenados que estejam em igualdade de condições, com a ressalva de que a sentença condenatória restringe alguns direitos, dentro de um critério de legalidade e anterioridade. Portanto, não há que se falar em tratamento discriminatório se o próprio título executivo restringe determinado direito, a isonomia aplica-se aos direitos não atingidos pela condenação.

2.3.4 Princípio da humanidade

A Constituição Federal consagra entre os direitos e garantias fundamentais a vedação de penas de morte⁸⁴, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis, bem como, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, demonstrando, claramente, preocupação com o caráter humano do Direito Penal.

Evidentemente, se o legislador ordinário não pode incluir no ordenamento jurídico, penas de natureza contrária à humanidade, o indivíduo submetido à execução de uma decisão penal condenatória, não pode ter sua integridade física e moral violada, e isso se acha

⁸⁴ A CF exclui da vedação de pena de morte os casos de guerra declarada, art. 5º, inc. XLVII, “a”.

expressamente previsto no art. 40 da LEP.

O respeito à dignidade humana impede tratamento não condizente com a própria condição humana, é certo que o homem pode cometer atos que colocam em dúvida sua humanidade, mas o Estado não se pode, a pretexto de se fazer justiça, desprezar os princípios que são a base da sociedade democrática⁸⁵.

2.4 As fases do procedimento-modelo na execução da sentença penal condenatória

No procedimento-modelo da execução de sentença criminal, estabelecido nos artigos 194 a 197 da LEP, está previsto o pedido, a possibilidade de manifestação das partes, e logo em seguida o julgamento, caso não haja a necessidade de produção de provas, com a possibilidade e interposição do recurso de agravo. Pelo fato de que a execução criminal resulta de um título líquido e certo, obviamente, não há fase de investigação prévia, ademais, em virtude da necessária celeridade, não há que se falar em admissibilidade do pedido anteriormente à decisão de mérito.

Em que pese à concentração e informalidade do procedimento, bem como a necessidade de celeridade, as fases do procedimento devem ser orientadas pelas diretrizes paradigmáticas estabelecidas para o processo penal, eis que a adequação do rito procedimental às características da execução de sentença se faz justamente pelos critérios citados, concentração, informalidade e celeridade, o que não dispensa a presença das garantias do devido processo penal.

⁸⁵ Por força do princípio da humanidade, na execução das sanções penais deve existir uma responsabilidade social com relação ao sentenciado, em uma livre disposição de ajuda e assistência sociais direcionadas à recuperação do condenado (MIRABETE, 2007, p. 39).

2.4.1 A fase de delimitação da pretensão

Segundo o disposto no art. 195 da LEP, o procedimento terá início “de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou ainda, da autoridade administrativa”, resta evidente, portanto, que além das partes, interessado e Ministério Público, o procedimento pode ser iniciado de ofício pelo juiz, ou, ainda, por meio de proposta do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa⁸⁶.

A possibilidade de início do procedimento pelo Conselho Penitenciário e autoridade administrativa, deve-se ao fato da sua proximidade com o cumprimento da pena e, natural, obrigação de estarem atentos aos acontecimentos relevantes nesta etapa.

A iniciativa pelas partes, sentenciado e Ministério Público, dispensa maiores comentários, afinal é inerente a esta qualidade no processo de execução da sentença. Já a expressa menção ao início de ofício⁸⁷, ou pelo representante do sentenciado, seu cônjuge, parente ou descendente, indica a preocupação com, eventual, impossibilidade de o próprio interessado formular sua pretensão, o que, evidentemente, pode ocorrer com maior facilidade no cumprimento de pena privativa de liberdade.

É de se registrar que, caso o cônjuge, parente ou descendente tome a iniciativa de peticionar, assim como nos casos em que o juiz age de ofício, o sentenciado deverá ser intimado a manifestar-se, e, ainda, se o sentenciado ou seu representante, iniciem o

⁸⁶ O juiz atua de ofício, o Conselho Penitenciário e a autoridade administrativa propõem e os demais requerem a instauração do procedimento. Não é parte legítima para propor o procedimento judicial o assistente da acusação, cuja função se exaure com o trânsito em julgado da sentença condenatória (MIRABETE, 2004, p. 815).

⁸⁷ No caso de início por ato do juiz, atuará este de modo diferente na instauração e nas decisões subseqüentes, como é da essência dos provimentos realizados *ex officio*, os quais são desprovidos de conteúdo material, fundados que são em pura normatividade formal, como ocorre, aliás, no caso da remessa cível ao duplo grau de jurisdição. A instauração *ex officio* é mera decisão interlocutória de conteúdo forma, ou seja, de instauração de procedimento, sem comprometimento prévio com o sentido das decisões futuras, especialmente da sentença. É claro que, havendo, ao início, evidência suficiente de direito, poderá o juiz decidir de imediato, em ato com a natureza jurídica de sentença, em vez de instaurar o procedimento – passando o debate processual das partes, que, por processual, não pode impor delonga na satisfação de direito material, a realizar-se *a posteriori*, respeitada a preclusão (BENETI, 1996, p. 117-118).

procedimento, haverá direito a assistência de advogado⁸⁸, sob pena de ficar prejudicada a participação igualitária das partes no procedimento. As conclusões apresentadas refletem o posicionamento adequado diante do devido processo legal, tanto que foram adotadas pelas Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo⁸⁹.

A especial condição de sujeição do condenado diante da execução penal, não lhe retira, na condição de um dos sujeitos da relação processual, o direito à apresentação das suas razões pessoais no procedimento, daí a necessidade, mesmo havendo possibilidade de outras pessoas peticionarem em seu benefício, de sempre ser ouvido pessoalmente antes de qualquer provimento judicial. Até mesmo porque o art. 195 “cuida, antes de tudo, do poder de impulso, atribuindo capacidade postulatória (pressuposto processual) para a instauração de qualquer incidente. Mas as partes serão sempre o MP e o sentenciado, por seu defensor” (GRINOVER, 1987, p. 18).

Em relação à assistência técnica é de se observar que o sentenciado poderá outorgar procuração, constituindo advogado para acompanhar todos os atos da execução, como, somente para um determinado momento específico⁹⁰. Nos casos de nomeação de

⁸⁸ No processo penal exigência de advogado se reforça, tendo lugar mesmo na hipótese de revelia do réu e não se admitindo sequer a renúncia à defesa, pois esta é de interesse público, como garantia da boa administração da justiça. Assim, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (CPP, art. 261). Não se considera observada a garantia constitucional de “ampla defesa” (Const., art. 5º, inc. LV) quando o acusado não tiver sido defendido por advogado, sendo ainda indefeso quando a defesa técnica não for satisfatória (CPP, art. 497, inc. V, aplicável a todos os procedimentos) (CINTRA, 2000, p. 296).

⁸⁹ Scarance Fernandes (1999, p. 53) transcreve as conclusões das Mesas de Processo Penal, ressaltando, que não foram traduzidas em súmulas, seguem algumas dessas conclusões:

“2. Não define o art. 195 da Lei de Execução Penal quais são os parentes legitimados a requerer procedimento judicial e, assim, por analogia, deve-se considerar aí incluídos os parentes referidos nos arts. 24, parágrafo único, 31 e 623 do Código de Processo Penal: os ascendentes e irmãos.

3. O sentenciado e os demais legitimados do art. 195 podem pessoalmente requerer a instauração de procedimentos judiciais, mas se exige a intervenção de advogado constituído ou nomeado, antes do provimento jurisdicional.

4. No caso de instauração de ofício ou mediante proposta do Conselho Penitenciário e autoridade administrativa ou, ainda, em face de requerimentos feitos pelo Ministério Público, por cônjuge, parentes e descendentes, em favor do sentenciado, deve este participar do procedimento, sendo representado por advogado constituído ou nomeado”.

⁹⁰ Mais uma vez recorremos às conclusões das Mesas de Processo Penal:

“5. Tendo o sentenciado outorgado procuração ampla para advogado defendê-lo no processo de execução penal, deverá este advogado ser intimado para todos os procedimentos judiciais instaurados e, ainda, antes de quaisquer decisões proferidas durante o cumprimento da pena e que tenham reflexo no título executivo penal.

defensor dativo, em especial no cumprimento de pena privativa de liberdade e dependendo da sua duração, é aconselhável que seja para momentos específicos, tendo em vista a necessidade de comprometimento do defensor, por outro lado, a deficiência da defesa é sempre passível de provocar a substituição do defensor.

Questão tormentosa é a possibilidade de instauração de procedimento contra a vontade do sentenciado, de ofício, por iniciativa de seu cônjuge ou parente ou descendente, ou por proposta do Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa. A dúvida que se estabelece é se deve prevalecer o interesse público ou a vontade do sentenciado.

Se a execução penal se propõe a efetivar as disposições da sentença proporcionando a reintegração social do sentenciado, evidentemente, há o interesse público nessa reintegração, de modo a evitar o retorno à delinquência após o cumprimento da reprimenda. Por outro lado, já se expôs, até de forma exaustiva, que o sentenciado é sujeito de direito e não mero objeto da execução, portanto, não há como negar a necessidade de se levar em conta sua vontade. Portanto, não se trata de reputar inconsistente um dos dois argumentos, mas sim de verificar qual deles deve prevalecer, havendo o confronto.

A forma progressiva de cumprimento da pena privativa de liberdade é, sem dúvida, um dos grandes pontos dessa discussão. Na prática, dificilmente haverá pedido de progressão de regime formulado pelo Ministério Público, mas por haver previsão legal, a hipótese não pode ser ignorada, por outro lado, não são raras as manifestações favoráveis do *parquet* em pedidos formulados pelos outros legitimados. Além disso, é possível um posicionamento contrário do sentenciado a um pedido de seu cônjuge, parente ou

6. O advogado constituído para defesa do réu no processo condenatório só poderá postular em nome do sentenciado, no processo de execução, se lhe for outorgada nova procuração para esse fim.

7. O advogado constituído exclusivamente para determinado procedimento judicial só poderá representar o sentenciado, em outros procedimentos, se for outorgada nova procuração.

8. Na falta de advogado constituído, o juiz da execução penal deverá nomear defensor para o sentenciado em todo procedimento judicial ou antes de decisões proferidas durante o cumprimento de pena e que tenham reflexo no título executivo penal.

9. Por analogia ao disposto no art. 265 do Código de Processo Penal, a assinatura do sentenciado conjuntamente com o advogado supre a falta de procuração (SCARANCA FERNANDES, 1999, p. 53-54).

descendente.

Daí a celeuma, prevalece o interesse público de que a execução penal seja desenvolvida de forma a possibilitar a reintegração do sentenciado, ou o direito de recusa à progressão, Scarance Fernandes (Idem, p. 43) posiciona-se em favor da prevalência do interesse público. Para o autor, o interesse público da execução, efetivar a pena imposta e reintegrar o condenado, são os parâmetros da atuação do Ministério Público, podendo, então “em princípio postular direito do preso mesmo que ele se pronuncie contrariamente” (GRINOVER, 1987, p. 35).

Contrário a este pensamento, Martins (1997, p. 419)⁹¹ entende que o sentenciado se encontra em posição distinta em relação aos órgãos da execução, já que a situação de sujeição à pena imposta, não significa a obrigatoriedade de assunção de ônus, não imposto na sentença condenatória.

Com efeito, o regime aberto, por expressa disposição legal, art. 113 da LEP, a exemplo do livramento condicional, depende da aceitação por parte do condenado, do programa estabelecido e das condições impostas pelo juiz, portanto, é um benefício condicionado a certos requisitos, e, o próprio texto legal, indica tratar-se de opção do sentenciado, ao mencionar que “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”.

Se o programa e as condições impostas se supõem aceitas pelo sentenciado, evidentemente não se tratam de obrigação, podendo ele recusá-las e não ingressar no regime, ao passo que, ingressando no mesmo; deverá cumpri-las sob pena de determinar-se a regressão. Assim entende-se que prevalece, nesta hipótese, o direito do sentenciado de cumprir a pena em regime mais gravoso a aceitar determinadas condições.

⁹¹ Já o condenado como sujeito da execução penal, não está compromissado com a progressividade: para ele, o modelo em si é exposto enquanto faculdade de exercitar (ou não) as graves responsabilidades que lhe decorrem da progressão, podendo, portanto, recusar o exercício dessa faculdade/responsabilidade e, até mesmo cumprir integralmente sua pena sob um regime estático. Para os órgãos da execução (LEP, art. 61) a progressão não é benefício, mas compromisso, dever, império.

Essa é a posição mais consentânea com a situação do sentenciado na execução penal, além de se adequar melhor aos postulados constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana; não fosse suficiente, deve-se atentar para o fato de que a função ressocializadora da pena não depende, unicamente, do sistema progressivo de cumprimento de pena, mas de todas as medidas adotadas durante sua execução.

A formulação do pedido deve delimitar da pretensão, possibilitando à resposta da parte contrária, bem como, a análise da necessidade de dilação probatória. Evidentemente, a incorreta formulação da pretensão, a ponto de impedir o exercício do contraditório e a verificação da necessidade de produção de provas do alegado, contaminará o procedimento, destoando das imposições decorrentes do correto exercício do devido processo legal.

2.4.2 A fase de instrução probatória

Delimitado o pedido, ouvidas as partes, quando não forem os requerentes da instauração do procedimento, o juiz decidirá de plano, salvo quando entender que é necessária a dilação probatória (art. 196 da LEP). Clara, portanto, a definição sobre a possibilidade de instrução probatória no procedimento judicial na execução penal, pode derivar de pedido das partes ou da iniciativa do juiz. Assim, o procedimento judicial previsto para a execução penal atende à diretriz paradigmática que impõe a existência de um momento adequado à possibilidade das partes provarem suas alegações.

Na execução penal, a iniciativa instrutória do juiz, ganha contornos específicos em relação ao processo de conhecimento, embora também calcados no caráter publicístico⁹², porém, com o acréscimo da condição especial da sentença penal condenatória,

⁹² Mas tanto lá como aqui, há de se reconhecer a prevalência do princípio publicístico. De fato, público é o interesse de efetivar a sanção penal – produto da regular e coordenada aplicação do direito penal material -, que

marcada pela cláusula *rebus sic stantibus* (GRINOVER, 1987, p. 9).

Atentando-se para o caráter publicista do processo, voltado à sua finalidade, em congruência com a finalidade reintegradora da execução penal, não é possível conceber, esteja o juiz impossibilitado de agir na busca da verdade possível, na solução de medidas que serão, direta ou indiretamente, adotadas a fim de ressocializar o condenado, registrando, mais uma vez, que os limites da iniciativa instrutória do juiz, devem ser a efetividade do contraditório, a motivação das decisões, e a licitude e legitimidade das provas produzidas.

As provas pericial e oral são expressamente mencionadas no § 3º do art. 196 da LEP, não se acha inviabilizada, entretanto, a realização de prova diversa, desde que, a parte requeira justificadamente, ou o juiz entenda indispensável à solução da questão colocada.

Interessante é a questão do exame criminológico que, anteriormente à Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, era considerado obrigatório para análise da viabilidade de progressão para o regime semi-aberto, conforme previa o parágrafo único do art. 112, da LEP, que atualmente, requer apenas a motivação da decisão que deve ser precedida de manifestação do Ministério Público e do condenado.

Diante da alteração doutrina⁹³ e jurisprudência, acertadamente, estão posicionando-se no sentido de que a exigência de exame criminológico, em casos específicos, não caracteriza constrangimento ilegal, eis que estaria inserida na possibilidade de iniciativa instrutória do juiz na execução penal (art. 196, § 2º, da LEP), disponibilizando-se, assim, ao julgador elementos de convicção adequados a uma decisão tão importante, como colocar sentenciado em um regime de cumprimento de pena mais brando, especialmente no que toca a autores reincidentes em crimes cometidos com emprego de violência ou grave ameaça.

se instrumentaliza mediante um processo previsto em lei. Público é igualmente, o interesse de ver resguardada a liberdade jurídica do cidadão, ora condenado, assegurando-lhe o respeito aos ditames estabelecidos pela sentença, de modo que lhe sejam reconhecidas e respeitadas as possibilidades efetivas de reintegração social (ZILLI, 2003, p. 249).

⁹³ Assim posicionam-se, Mirabete (2004, p. 432-433) que, inclusive cita o posicionamento jurisprudencial do STJ, e Nucci (2007, p. 952-953).

Havendo requerimento de produção de provas, caberá ao juiz a análise da real necessidade e sua produção, entretanto, segundo Gomes Filho (GRINOVER, 1987, p. 44) discorrendo sobre a defesa do sentenciado:

o juízo de admissibilidade da prova conferido ao magistrado encontra limites no direito de defesa e na igualdade entre as partes; a liberdade de convencimento do juiz diz com as provas já produzidas, não podendo ser confundida com a possibilidade de rejeição arbitrárias dos meios de prova propostos pelo sentenciado.

O comentário trata da defesa do condenado na execução penal, entretanto, o raciocínio não pode ser diverso em se tratando de prova requerida pelo Ministério Público, afinal, somente por decisão motivada é que o juiz poderá indeferir a produção de prova requerida por qualquer das partes, e desde que, a prova seja desnecessária ao julgamento.

Em virtude da concentração do procedimento, uma vez apresentado o pedido, a parte contrária será intimada para apresentar manifestação e, caso entenda ser o caso de produção de prova, poderá optar por deixar para falar sobre o mérito após a produção da prova requerida. Porém, o juiz pode entender que a prova é desnecessária e decidir desde logo, e então, sem a efetivação do contraditório. Scarance Fernandes ensina acertadamente que, neste caso, deverá haver recurso da parte prejudicada pela decisão no sentido da anulação da sentença, para que antes do julgamento a prova seja realizada⁹⁴.

2.4.3 A fase de julgamento

Se houver dilação probatória, deverá ser dada oportunidade às partes para oferecimento de alegações, no sentido de analisar as provas produzidas, para influenciar no convencimento do julgador.

⁹⁴ Embora o autor trate da atuação do Ministério Público na execução penal, o raciocínio, a exemplo do que foi feito em relação aos ensinamentos de Gomes Filho, que tratou da defesa, serve para ambas as partes (Idem, p. 34).

A efetiva apresentação de alegações pelas partes após a produção de provas como antecedente do julgamento é obrigatória no processo de conhecimento (item 2.4, *supra*), havendo, inclusive a possibilidade de se considerar o acusado indefeso, diante de alegações tecnicamente insubsistentes, pelas mesmas razões, idêntica é a conclusão na fase de execução da sentença penal condenatória, afinal o direito de defesa somente será efetivo quando “o sentenciado tem a possibilidade de influir positivamente no convencimento do juiz de execução, sempre que se apresente uma oportunidade de alteração da quantidade ou da forma da sanção punitiva” (GOMES FILHO, 1997, p. 41).

Em relação ao Ministério Público, a conclusão não é diferente, tanto que entendendo haver necessidade de dilação probatória, na primeira oportunidade em que se manifestar, não lhe é indicado falar sobre o mérito (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 34), obviamente, aguardando para tanto a efetiva realização da prova, conforme foi exposto no item anterior.

A possibilidade de criticar o conjunto probatório, não decorre senão do próprio “*direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo” (GOMES FILHO, 1997, p. 84), onde tal prerrogativa, de análise das provas, faz parte do conteúdo desse direito subjetivo, como um de seus corolários⁹⁵.

O procedimento judicial requer decisão consentânea com os ditames do sistema da persuasão racional, ou, livre convencimento motivado, podendo, portanto, apreciar-se livremente o conjunto probatório (art. 157 do CPP), sem qualquer imposição legal no que diz respeito ao valor de cada tipo de prova, sendo necessária, contudo, a motivação da decisão (art. 93, inc. IX, da CF), que possibilitará às partes conhecer as razões da decisão e, eventualmente, contestá-las, em recurso à superior instância, exatamente conforme explanado no estudo da fase decisória do procedimento-modelo no processo de conhecimento.

⁹⁵ E, como corolário desses poderes e faculdades inerentes ao direito das partes à prova, é forçoso inferir, finalmente, um direito à *valoração* das provas existentes no processo (Idem, p. 89).

Para Mirabete (2004, p. 816) a motivação da decisão é insuficiente, devendo “obedecer, formalmente, aos requisitos exigidos para as sentenças judiciais (art. 381 e seus incisos do CPP)”, pois, somente assim, estará cumprido o disposto no art. 194 da LEP, não havendo possibilidade de “que o livre convencimento não resvale em arbítrio”, tornando efetivamente judicial o procedimento na execução penal.

2.4.4 A fase recursal

O art. 197 da LEP estabelece o cabimento do recurso de agravo, sem efeito suspensivo das decisões proferidas pelo juiz, não havendo previsão de qualquer outro recurso, restando, então, a possibilidade de outras vias recursais, em atenção à aplicação subsidiária do CPP (art. 2º, da LEP), ou ainda, por força de mandamento constitucional, a exemplo das disposições referentes aos recursos aos tribunais superiores.

2.4.4.1 Agravo em execução penal

A LEP prevê no art. 197, o recurso de agravo, sem efeito suspensivo⁹⁶, contra as decisões proferidas pelo juiz da execução, excepcionalmente, o agravo comportará o efeito suspensivo em razão de interposição em face de decisão de liberação de pessoa sujeita a medida de segurança (art. 179, da LEP). O agravo, como único recurso previsto na LEP, adequa-se a todas as situações em que houver o provimento jurisdicional, em que pese já ter havido manifestação diversa⁹⁷. Mirabete (2004, p. 819)⁹⁸ posiciona-se favoravelmente à

⁹⁶ Nada impede que o sentenciado venha a se utilizar de *habeas corpus*, caso ocorra manifesto constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, tendo ele necessidade urgente de suspender a eficácia da decisão (GRINOVER, 1998, p. 205).

⁹⁷ Logo após a vigência da lei chegou a prosperar entendimento mais restritivo. Embasava-se essa orientação no fato de estar o agravo no art. 197 inserido no mesmo título que trata do “procedimento correspondente às

utilização do recurso em sentido estrito, excepcionalmente, em face de decisão do juiz da execução. O prazo para interposição do recurso é de cinco dias, conforme determinado pela súmula 700 do STF.

A LEP não define o rito procedimental a ser utilizado no agravo, havendo discordância doutrinária, a respeito de utilizar-se o rito adequado ao recurso em sentido estrito, previsto no CPP (arts. 581 a 592), ou o rito do agravo de instrumento previsto no CPC (arts. 522 a 529). Consta que a ausência de regulamentação do agravo, decorre do fato de que quando da discussão do projeto de lei da execução penal, havia, também, discussão acerca de projeto de Código de Processo Penal, que previa o recurso de agravo de instrumento, no entanto, somente a LEP vingou e o projeto de Código de Processo Penal não foi convertido em lei (GRINOVER, 1998, p. 196).

Adeptos da opção de utilização do rito do agravo de instrumento do processo civil, Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, sob o argumento da aplicação analógica e da clara intenção do legislador, continuaram a pensar assim, mesmo depois da modificação do rito previsto no CPC, por intermédio da Lei 9.139/95, ressaltando, apenas, ser “necessárias algumas adaptações desse novo agravo às exigências próprias do sistema criminal” (Idem, p. 200).

A utilização do rito do CPC possibilita ao relator do agravo conceder efeito suspensivo ao recurso, em casos de perigo de lesão grave e de difícil reparação, a teor do disposto no *caput* do art. 558, o que somente é possível, adotando-se o rito do CPP, com o uso

situações previstas nesta Lei”, entendeu-se que também o agravo só caberia quando a decisão solucionasse uma das situações reguladas na lei de execução penal. [...]

Tal interpretação contudo encontrou pouco respaldo na doutrina e foi repelida pela maioria da jurisprudência. Predominou a orientação de que basta para a definição da competência o dado subjetivo referente ao juiz que profere a decisão: é passível de agravo toda decisão do juiz da execução penal (Idem, p. 197-198).

⁹⁸ Realmente, o art. 197 deve ser examinado em harmonia com o art. 194 da Lei 7.210/84, que disciplina o procedimento judicial a ser observado nas *situações previstas* nessa própria lei e não em outros diplomas legais. Estar a situação “prevista” na lei não é o mesmo que estar ela “mencionada” no estatuto. Assim, nas hipóteses referentes à unificação de penas, de aplicação da lei nova mais benigna prevista no Código Penal, de extinção da punibilidade por causa não prevista na Lei de Execução Penal etc., o recurso cabível é o previsto no Código de Processo Penal e não o agravo em execução.

do mandado de segurança ou *habeas corpus*⁹⁹.

Entretanto, tal orientação não prevaleceu na jurisprudência, conforme informa Mirabete (2004, p. 819), que inclusive colaciona decisão do STF, no sentido da inadmissibilidade de interposição do recurso de agravo perante o Tribunal *ad quem*, além de julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, onde se argumenta que a utilização do rito do recurso em sentido estrito se deve ao disposto no art. 2º da LEP, que determina a utilização subsidiária das regras do CPP.

A opção jurisprudencial pelo rito do recurso em sentido estrito é vista por Nucci (2007, p. 827) como a mais acertada, no que se concorda, razão pela qual é transcrito o trecho onde justifica sua posição.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que a intenção do agravo era acompanhar o rito que iria substituir, no processo penal, o recurso em sentido estrito, ou seja, o agravo de instrumento. Não tendo ocorrido a mudança esperada, mais certo que o agravo fique circunscrito ao procedimento do recurso em sentido estrito. A matéria é criminal e, realmente, o agravo substituiu o que antes era decidido no âmbito do recurso previsto no art. 581.

Segundo o art. 195, da LEP, o procedimento judicial pode ser iniciado de ofício, por iniciativa do MP, do interessado, do seu representante, cônjuge, parente ou descendente, e ainda, mediante proposta do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa. Evidentemente, o Conselho Penitenciário e autoridade administrativa, que têm capacidade tão somente para propor o início do procedimento, não possuem legitimidade para recorrer.

Já os outros legitimados para peticionar em favor do sentenciado, cônjuge, parente ou descendente, estarão legitimados para recorrer, caso façam em benefício do sentenciado, a quem de fato, socorre o interesse de recorrer. Além disso, já se disse que a

⁹⁹ O efeito do recurso é meramente devolutivo. Inexiste o efeito suspensivo, salvo em um caso: quando juiz expedir ordem para desinternar ou liberar o indivíduo sujeito a medida de segurança (art. 197, LEP). No mais, em casos de soltura equivocada, pode o Ministério Público valer-se do mandado de segurança – como já sustentamos em outras situações semelhantes. Para o condenado, a via de solução mais rápida é a utilização de *habeas corpus* (NUCCI, 2007, p. 828).

legitimação de terceiros, decorre de excepcional situação em que pode se encontrar o condenado, mormente no caso de cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, inadmissível a utilização da legitimação extraordinária em seu prejuízo¹⁰⁰.

O direito à defesa técnica, evidentemente, permanece íntegro na fase recursal, não se confundindo legitimidade para interpor o agravo com a capacidade postulatória. Portanto, manifestado o interesse de recorrer, se não houver defensor constituído deverá ser nomeado dativo, a fim de arrazoar o pedido, evidentemente, o defensor já atuante no procedimento, seja constituído ou dativo, terá a possibilidade de recorrer em favor do sentenciado.

O devido processo legal, somente estará obedecido havendo a obediência a todos os seus corolários durante o recurso, tanto que, o contraditório somente se considera obedecido, se as razões ou contra-razões apresentadas pelo defensor não sejam ineptas, e, o MP tenha apresentado manifestação.

Por fim, o recurso de agravo comporta o juízo de retratabilidade, que, aliás, está previsto tanto para o recurso em sentido estrito (art. 589, CPP) como para o agravo de instrumento (art. 523, § 2º, CPC).

Interessante, se mostra a possibilidade de revisão criminal, em face de decisão proferida em pedido de unificação de penas, nos casos de sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos falsos, ou, ainda, quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (art. 621, II e III, CPP).

¹⁰⁰ Interessantíssima hipótese é citada por Nucci. “Imagine-se o cônjuge que, não desejando o retorno do condenado para casa, interpõe agravo contra a decisão que lhe concedeu regime mais favorável ou livramento condicional. [...] Aceitá-lo seria ofender a ampla defesa” (Idem, p. 828).

2.4.4.2 Embargos infringentes

Segundo o disposto no parágrafo único do art. 609 do CPP, caberão os embargos infringentes e de nulidade, em caso de decisão desfavorável ao réu, de forma não unânime, nos julgamentos das apelações e dos recursos em sentido estrito. Embora haja divisão conceitual entre embargos infringentes e de nulidade, o recurso é o mesmo, havendo apenas diferenciação no diz respeito à matéria discutida (GRINOVER, 1998, p. 217).

Como a redação e a localização, no CPP, do dispositivo citado, induz ao entendimento do cabimento dos embargos em face das decisões que digam respeito ao julgamento das apelações e dos recursos em sentido estrito, não é pacífico o entendimento sobre o seu cabimento em sede de julgamento de agravo em execução¹⁰¹, como, de resto, em relação a qualquer outro recurso ou ação de impugnação, previstos no CPP.

Entrementes, deve-se relembrar a discussão travada acerca do rito adequado ao julgamento do agravo em execução, mencionada no item anterior, especialmente no que refere à discussão simultânea do projeto que redundou na LEP e outro que deveria instituir um novo CPP, no qual estava previsto o agravo de instrumento e não o recurso em sentido estrito, do CPP vigente, como o projeto de CPP acabou por não ser convertido em lei, restou a diversidade de recursos na fase cognitiva e executória do processo penal.

Portanto, da mesma forma que a jurisprudência acabou por cristalizar a adoção do rito do recurso em sentido estrito para o processamento do agravo em execução, com muito mais razão, devem-se admitir os embargos infringentes ou de nulidade, em face dos acórdãos, não unânimes, referentes ao julgamento dos agravos, sob pena de se suprimir importante instrumento de defesa do condenado durante o cumprimento da pena. Segundo

¹⁰¹ Não é pacífico esse entendimento nos tribunais: pela admissibilidade dos embargos infringentes, TACrimSP, JTACrimSP 97/73; STF, HC 65.988, DJU 18.08.1989, p. 13.228; contra, TJSP, RT 631/282, 670/272. Entretanto, o cabimento dos embargos no agravo em execução é expressamente previsto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (art. 841, II, letra c) (Idem, p. 219).

Grinover (Idem, p. 219) a negativa importaria em contrariedade à garantia constitucional da ampla defesa.

2.4.4.3 Recurso especial e recurso extraordinário

Conforme previsão Constitucional, no inciso III, do art. 105, compete ao Superior Tribunal de Justiça, julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Sidnei Beneti (1996, p. 155) discute com propriedade a única razão a ser perquirida, em relação ao cabimento do recurso especial, em face de matéria decidida por juiz da execução penal.

Diante do cabimento de agravo, não de apelação, de decisões proferidas no processo de execução penal, poderia eventualmente ser sustentado dúvida de cabimento de recurso especial com fundamento em possível argumento de não configuração de questão federal nas questões processuais interlocutórias, mediante ressalva da preclusão, de tal forma que apenas da decisão final do processo de execução – também, por sinal, agravável, todas as questões de interpretação da lei federal viessem, em um único instante, a ser submetidas ao controle jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça. Essa preocupação, contudo, se mais não fosse, estaria resolvida por empréstimo do campo cível, em que a Súmula 86 do Tribunal referido firmou que “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

No art. 102, inciso III, prevê a CF, que compete do Supremo Tribunal Federal, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei

federal.

Em se tratando de execução criminal, a incidência das garantias individuais constitucionais é indiscutivelmente de grande e fundamental importância, diante da evidente possibilidade de contrariedade às garantias do indivíduo, em razão da condição de sujeição do condenado. Daí porque, não há como imaginar a impossibilidade de se recorrer o STF, a fim de rever, via recurso extraordinário, as questões pertinentes discutidas em agravo em execução.

2.5 A coisa julgada na execução de sentença penal condenatória

Já se afirmou, apoiando-se nos ensinamentos de Grinover (1987, p. 9-10), que a sentença penal condenatória é informada pela cláusula *rebus sic stantibus*, oportuna neste momento, a análise das razões apontadas como justificativa para a afirmação.

Realmente, não há como negar que o juiz da execução é chamado freqüentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional: e nem assim poderia deixar de ser, porquanto a sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo porém passível de um processo de integração em, obediência à cláusula que contém; é pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados em lei.

O *processo de integração*, ao qual se sujeita a sentença penal condenatória transitada em julgado, reflete a finalidade ressocializadora da pena, e possibilita o ajuste do estágio do condenado aos critérios de cumprimento da pena, como por exemplo, a possibilidade de progressão e regressão de regime de cumprimento de pena, a despeito de haver um regime inicial fixado na sentença transitada em julgado.

Isso se deve ao fato de que o processo de execução se diferencia do processo de conhecimento, porque este está “voltado ao passado que visa reconstruir, para

aplicação da lei penal”, e o segundo, por seu turno, está voltado para o futuro “objetivando prevenir e reeducar” (NORONHA, 1973, p. 425-426).

A integração da sentença penal condenatória, à etapa de cumprimento da pena, seja no benefício do sentenciado, seja em seu prejuízo, somente pode se dar nas hipóteses previstas em lei, com o atendimento do procedimento judicial estabelecido. Observando-se, que em caso de sucumbência de pretensão de uma das partes no processo de execução, por ausência dos requisitos legais exigidos, não há impedimento de renovação e deferimento do pedido, desta feita, diante da satisfação dos requisitos legais.

Estabelecida a mutabilidade de alguns aspectos da decisão penal condenatória, sob a condição de previsão legal expressa e observância do procedimento judicial para tanto, a questão que se expõe é saber qual o grau de estabilidade que terão tais decisões¹⁰².

Scarance Fernandes (1999, p. 56) ensina que as decisões proferidas pelo juiz da execução serão dotadas de certo grau de estabilidade, próprio das decisões que fazem coisa julgada formal, “só podendo ser revertidas por eventos futuros expressamente previstos em lei, de regra, mediante procedimento incidental com garantia de defesa e produção de prova”. Para exemplificar, cita a necessidade do cumprimento das exigências legais (art. 118 e 196, da LEP) para eventual regressão de regime, quando o sentenciado obtém a progressão, e, informa, ainda, a possibilidade de determinadas decisões do juiz da execução penal adquirirem força de coisa julgada material, por representarem “alterações sobre a pena imposta na sentença condenatória”, apontando como exemplo, os casos de decisão concessiva de indulto, redução de penas, adaptação de lei nova.

Existem determinadas decisões, que são conferidas ao juiz da execução, no entanto, afetam a pena imposta pela sentença condenatória, isso se deve ao fato de que, em

¹⁰² Antes, quando se considerava ser a execução penal atividade não jurisdicional, argumentava-se que as decisões proferidas durante o seu curso não faziam coisa julgada material por terem cunho administrativo (SCARANCA FERNANDES, 1994, p. 41).

regra, dependem de certos requisitos, como o bom comportamento do condenado, passíveis de apuração apenas pelo juiz da execução, ou, ainda, pelo simples fato de estar o condenado sob a jurisdição da execução, já tendo esgotado sua função jurisdicional, o juiz da condenação.

Essas decisões, que não dizem respeito ao processo de integração da sentença e aos fins ressocializadores da execução, não estão, portanto, sujeitas a alterações futuras, em razão de mudança no quadro que a ensejaram. A saber, o condenado agraciado com o indulto ou unificação de penas, por exemplo, não está sujeito à revisão dessas decisões pelo cometimento de novo delito ou falta disciplinar de natureza grave, o que ocorre, com quem obteve a progressão de regime e pode ser regredido.

A declaração de extinção da punibilidade (art. 66, II, da LEP), é uma situação que merece uma análise mais acurada, pois esta decisão tem natureza declaratória, depende da presença dos requisitos legais, e não se confunde com o encerramento da execução pelo cumprimento da pena imposta. Na verdade, não se pode confundir cumprimento com extinção da pena, observe-se que o art. 109 da LEP, dispõe que, cumprida ou extinta a pena, o sentenciado será colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, há, portanto, distinção entre as duas hipóteses.

Ocorrendo causa extintiva da punibilidade após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, após o esgotamento da prestação jurisdicional pelo juiz da condenação, cabe ao juiz da execução a declaração da extinção. Evidentemente, tal decisão depende da efetiva verificação dos pressupostos fáticos ou jurídicos da extinção de punibilidade. Portanto, a declaração de extinção de punibilidade importa em “pronunciamento jurisdicional” (Idem, p. 57). Já, no caso de cumprimento da pena, a expedição de alvará de soltura decorre do próprio decurso do tempo de pena imposta na sentença.

Tudo o que foi dito, importa em concluir que aquelas decisões relativas ao *processo de integração* a que está sujeita a sentença penal condenatória, diante da natureza

ressocializadora da execução penal, atingirão o grau de estabilidade da coisa julgada formal, sujeitando-se a revisões, diante de mudança do quadro que lhe deram causa. Enquanto que, decisões que digam respeito a alterações sobre a pena imposta pela sentença condenatória, e que serão atribuídas excepcionalmente ao juiz da execução, atingirão o grau máximo de estabilidade conferido às decisões judiciais, da coisa julgada material, portanto.

III. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MEDIDA DE SEGURANÇA: PROCEDIMENTO

3.1 Pena privativa de liberdade: considerações iniciais

A privação da liberdade do ser humano como sanção penal, ganhou relevo com os princípios humanistas do século XVIII, sendo, até então, muito mais um meio de contenção dos acusados que aguardavam o julgamento, ou condenados que aguardavam a execução. Porém, aqui, como na história da humanidade de maneira geral, não há nítida separação de etapas, adotando-se normalmente, o critério de ressaltar os marcos importantes de cada etapa vivenciada pela civilização humana. Em obra singular sobre a pena de prisão, Bitencourt (2001, p. 3) resume esse quadro da seguinte forma: “a origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-las em suas origens”.

Bitencourt (Idem, p. 21-31) assinala as causas que propiciaram a transformação da privação da liberdade de meio de custódia, em meio de pena. Coloca em debate a teoria, marcadamente marxista, de Dario Melossi e Massimo Pavarini, de que na prisão-pena o “objetivo prioritário é que o recluso aprenda a disciplina da produção” (Idem, p. 24), para após concluir que, não é possível se furtar à conclusão de que o nascimento da prisão decorre de várias causas, nomeando: a idéia de valorização da liberdade e o racionalismo, que começaram a ganhar importância no século XVI; a opção pela vergonha à publicidade do castigo imposto pelo mal praticado, ou seja, a *má consciência*, surgida a partir do século XV; a pobreza proveniente das mudanças ocorridas na sociedade, em razão da transição da Idade Média para a Idade Moderna, e o conseqüente aumento de criminosos, que acabou por culminar no descrédito da pena de morte; e a crise econômica do século XVII, que

atingiu a todo o mundo ocidental, acabou por possibilitar o fortalecimento da idéia de necessidade de criar uma forma de reformar o delinqüente.

3.1.1 Finalidade e justificativa da sanção penal

Independentemente de exata delimitação da origem da pena privativa de liberdade, a sua finalidade e justificativa, sem dúvida, baseiam-se, primeiro, nas idéias retributivistas, e depois nas idéias prevencionistas, idéias estas que acabaram sendo aprimoradas e redundando em diferentes vetores, principalmente no que diz respeito à questão do caráter preventivo da prisão.

Deixando de lado as idéias de caráter eminentemente político, que normalmente atribuem a todos os fenômenos sociais, a finalidade de garantir a dominação das classes detentoras do poder, a sanção penal surgiu como forma de expiação pelo mal praticado. Portanto, com inspirações de ordem religiosa, e evidente sentido de retribuição. Somente algum tempo depois, surgiu o moralismo e a idéia de justiça. Segundo a teoria de Kant¹⁰³, somente a justiça justificava a pena aplicada ao criminoso. Hegel, por sua vez, afirmou que o ordenamento jurídico, negado pela conduta do criminoso, se refazia com a pena aplicada¹⁰⁴. Segundo Welzel (2004, p. 330) “o Estado não pune a fim de que exista, em geral, no mundo justiça, mas a fim de que exista uma ordem jurídica na vida da comunidade (validade e observância de sua ordem jurídica)”.

A idéia de retribuição, pura e simples, como forma de esgotamento da função da pena (Idem, p. 331), passou a incomodar, pelo inevitável choque com os

¹⁰³ Na visão de Kant, a pena limitava-se ao destino de exigência de justiça, constituindo um imperativo categórico, a pouco importar a razão prática que a justificasse. A pena revelava o mal praticado e não o futuro. Voltava-se exclusivamente ao passado, configurando, no rigor moralista, a justificação para seu fundamento retributivo (FERRARI, 2001, p. 48).

¹⁰⁴ De acordo com Hegel, quando um cidadão afrontava o bem jurídico penalmente protegido, revelava estar negando a existência e validade do ordenamento jurídico. Para reafirmar a validade desse ordenamento, o Estado impunha a pena ao cidadão como maneira de demonstrar que aquele que contrariasse o direito seria punido (Idem, p. 49).

pensamentos humanitários e iluministas. Era necessário pensar em algo que se voltasse para o futuro, não bastava, atentando-se ao mal praticado, vingar-se dele, principalmente por meio de penas cruéis e desumanas.

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, fazem severas crítica aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente (BITENCOURT, 2001, p. 32).

A necessidade de atribuir à sanção penal uma característica utilitária, que fosse além da simples vingança retributiva, culminou na sua afirmação como meio de prevenção a novos delitos e correção do delinqüente, a fim de evitar a reincidência delitiva. As possibilidades e justificativas do caráter prevencionista da pena são várias, surgindo, então, a divisão entre prevenção geral e especial, que por sua vez, subdividem-se, em negativa e positiva.

A prevenção geral encerra a idéia de exemplaridade, de efeito inibitório ao delinqüente, como à população em geral¹⁰⁵. Mais que mero castigo, a sanção devia inculcar no delinqüente e em potenciais futuros delinqüentes a idéia de que o desrespeito ao ordenamento jurídico ensejaria uma punição, intimidando-os, caracterizando-se, portando, em prevenção de caráter negativo. Welzel (Idem, p. 333-334) critica o caráter inibitório da pena, afirmando que não impõe a moral, e que “pode ‘domesticar’ por algum tempo, ao longo somente amargura e embrutece”.

Mas, além disso, a prevenção geral também é vista como forma de reafirmação e valorização do ordenamento jurídico vigente, a simples e objetiva

¹⁰⁵ Mediante a execução exemplar das penas: assim a prática desde a idade média até o iluminismo, e na época moderna, ao dos Estados totalitários; por intermédio de penas de morte ou corporais, executadas publicamente, ou mediante a divulgação propagandística de publicações sobre castigos exemplares, são intimidados os contemporâneos (WELZEL, 2004, p. 333).

demonstração de que a desobediência ao ordenamento resultará em uma ação do Estado. Ou seja, a idéia de ação e reação, como forma de se realçar a presença viva do ordenamento jurídico na consciência da sociedade, perpetrando um caráter positivo à prevenção geral como finalidade da sanção penal¹⁰⁶.

O caráter inibitório e a afirmação do ordenamento jurídico, não bastaram, surgindo, então, a prevenção especial, fundada no tratamento do delinqüente, a idéia de que o crime seria fruto da manifestação de algo passível de cura, transformando a pessoa do delinqüente em alguém capaz de obedecer às normas previstas para a vida em sociedade.

A prevenção especial, a exemplo da prevenção geral, acabou dividindo-se em negativa e positiva. A idéia de recuperação do delinqüente devia ser o norte da sanção penal, a ponto de evitar-se o uso da expressão sanção, preferindo-se, tratamento, assim se cristalizou o caráter positivo da prevenção especial.

Contudo, a pena não poderia deixar de considerar a existência de delinqüentes incorrigíveis, e para eles restava o caráter negativo da prevenção especial, calcado na segregação. Uma vez que a sociedade deveria ficar resguardada em relação aos delinqüentes que não se mostravam passíveis ao tratamento.

Portanto, se por um lado, a questão da origem da pena privativa de liberdade é de difícil delimitação exata, a sua finalidade encontra fundamento seguro nas teorias da retribuição e prevenção, restando controvertido, apenas, o alcance de cada um dos fins objetivados e se há prevalência de um sobre o outro, especificamente no panorama atual da aplicação e cumprimento da pena privativa de liberdade.

¹⁰⁶ Paralelamente a essa concepção negativa do fim preventivo, assim denominada por representar temor ao delinqüente, surgiu a visão positiva da prevenção geral, caracterizada por uma idéia de respeito e revalorização ao ordenamento jurídico (FERRARI, 2001, p. 50).

Assevera Ferrari (Idem, p. 56) que tendo em vista o critério preventivo da sanção penal, sobressaem-se os fins positivos, gerais e especiais, restando secundários, os fins negativos¹⁰⁷.

Na legislação vigente entre nós, o art. 59 do CP, evidencia a finalidade retributiva e preventiva da aplicação da sanção penal, dispondo que o juiz aplicará, entre as cominadas, e os critérios ali expostos, a pena “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Como não podia deixar de ser, a LEP, seguiu o mesmo caminho, conforme se depreende, inclusive, da exposição de motivos no item 14:

Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a *proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*.

A pena privativa de liberdade encontrou campo fértil ante o declínio da pena capital, e, por conta disto, alastrou-se, considerada como “método melhor e mais eficaz” (BITENCOURT, 2001, p. 29), à consecução dos fins a que se propõe a sanção penal. Permanecendo vigente na maioria dos países, embora muito questionada e debatida, independentemente de comprovação de sua eficácia, ainda, não se imaginou alternativa capaz de retirá-la da condição de principal meio sancionatório, de que dispõe o Direito Penal. Em que pese o crescimento, mundo afora, da previsão e aplicação das penas alternativas, e da ampliação da possibilidade de transação penal, inclusive, quando se refere à aplicação da privação da liberdade.

¹⁰⁷ De qualquer forma, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delinqüente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe (MIRABETE, 2007, p. 246).

3.1.2 Sistemas penitenciários

Afirmada a pena privativa de liberdade, como pilar do sistema penal¹⁰⁸, a forma de execução passou a ser questionada. Evoluindo desde a negação de validade das precárias condições das primeiras prisões, ideais para a infestação do corpo e da alma, nas palavras de Jeremy Bentham (Idem, p. 49), até se chegar à concepção de estabelecimentos tidos como ideais, e sistemas de execução da privação de liberdade, aptos a propiciarem a consumação das finalidades retributivas e prevencionistas da pena.

Historicamente, existiram três sistemas penitenciários para a execução das penas privativas de liberdade, o sistema pensilvânico ou celular, também conhecido como filadélfico, o sistema auburniano, e o sistema progressivo, inglês ou irlandês.

O sistema pensilvânico, adotado na *Walnut Street Jail*, construída em 1776, na Colônia da Pensilvânia, na *Western Penitentiary*, construída em 1818, em Pittsburgh, e na *Eastern Penitentiary*, concluída em 1829 (Idem, p. 60-61), tinha como marco principal o isolamento absoluto do preso, o silêncio, e o incentivo a leituras religiosas, com algumas variações consistentes em possibilidade de trabalho na cela, ou passeios individuais no pátio da prisão. O isolamento celular e o silêncio foram duramente criticados e comparados a formas de tortura, ainda mais cruéis, que os castigos físicos, segundo descreveu Von Henting, o preso se encontrava enterrado vivo (Idem, p. 64).

As falhas do regime celular levaram à idealização do sistema auburniano, implementado na penitenciária da cidade de Auburn, concluída em 1818, que previa a separação dos presos em três grupos. Aos considerados incorrigíveis, ou seja, aqueles mais velhos e autores de diversos delitos, era imposto o isolamento contínuo; aos considerados menos incorrigíveis, impunha-se o isolamento celular apenas em três dias na semana e

¹⁰⁸ Depois de um século e meio de prova, que desemboca em um humanitarismo resoluto, como aspiração teórica, a pena carcerária passa ao primeiro plano, como estrela de primeira grandeza das relações penais do direito punitivo moderno (Idem, p. 58).

possibilitava-se o trabalho no restante da semana; aos considerados corrigíveis, impunha-se apenas o isolamento noturno e possibilitava-se o trabalho (Idem, p. 70).

Segundo Von Hentig, Melossi e Pavarini, estes últimos de forma mais enfática, a questão econômica é considerada importante para o surgimento desse sistema, a exploração da mão de obra do preso era o grande impulsionamento para a adoção do sistema (Idem, p. 71-73).

No sistema auburniano, criou-se o *silent system*, que impunha o silêncio absoluto entre os presos, mesmo quando estavam trabalhando em grupos, disso resultou a criação de formas silenciosas de comunicação com as mãos ou gestos, costume que se arrasta até os dias atuais. Portanto, se no sistema pensilvânico o isolamento completo impedia a comunicação entre os presos, no auburniano buscava-se isso com a imposição do silêncio total.

Ao mesmo tempo em que as críticas aos sistemas filadélfico e auburniano aumentavam, a pena privativa de liberdade ganhou preferência mundo afora. Surgindo, então, os sistemas progressivos de execução da pena de prisão, inspirados na idéia de que a pena devia ser cumprida de forma dinâmica, através de etapas que se sucediam até que o condenado obtivesse a liberdade, como reação clara aos efeitos nocivos do isolamento absoluto e das regras estáticas que marcavam os sistemas até então vigentes.

Há certa concordância, em se atribuir à atuação de Alexander Maconochie, no ano de 1840, na prisão da Ilha Norfolk, na Austrália, o surgimento do sistema progressivo. Através da criação de um sistema de atribuição de créditos e débitos em razão das atitudes do condenado durante a execução da prisão, que influenciaria, inclusive, na duração da sua pena, esse sistema tornou-se conhecido como *mark system*, e notabilizou o sistema progressivo inglês. Aos reclusos era criada uma espécie de conta corrente, onde o saldo se deduzia dos vales obtidos pela boa conduta e aproveitamento do trabalho em oposição às multas

correspondentes à má conduta. Nesse sistema, o condenado passava por um período de prova, em isolamento celular, e por um período de trabalho sob a regra do silêncio durante o dia e reclusão celular à noite, para ao final obter a liberdade condicional, antes da liberdade definitiva (Idem, p. 83-85).

Walter Crofton, comandante das prisões na Irlanda, a partir de 1854, aperfeiçoou o *mark system*, incluindo um período intermediário entre o trabalho diário e reclusão à noite e a liberdade condicional. Executado em prisões onde os presos trabalhavam ao ar livre, integrando-se à vida livre de forma gradual, para somente após isso, ser beneficiado com a liberação condicional, a esse aperfeiçoamento denominou-se sistema progressivo irlandês (Idem, p. 85-88).

Merece destaque, ainda, a influência das idéias de Manuel Montesinos e Molina, nomeado em 1835, governador do Presídio de Valência, fundadas no respeito à dignidade do preso e na função reabilitadora do trabalho, “encontrou o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso” (Idem, p. 89-90).

O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade vigora, ainda hoje, em inúmeros países com variações próprias da realidade da legislação em cada parte do mundo; no Brasil, vigora o sistema progressivo, com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, além de possibilidade de livramento condicional, que não se vincula ao regime em que se encontra o condenado.

3.2 Início da execução da pena privativa de liberdade: expedição de guia de recolhimento: procedimento

O Título V, da LEP, trata da execução das penas em espécie, sendo o Capítulo I, destinado as penas privativas de liberdade. O sistema penal vigente contempla três

espécies de pena privativa de liberdade, a reclusão e a detenção, para os crimes; e a prisão simples, para as contravenções penais¹⁰⁹. E é a partir da condenação em uma dessas três espécies que se dará a execução, que terá início com a expedição da guia de recolhimento, conforme determina o art. 105 da LEP.

A sentença penal condenatória transitada em julgado, que forma o título executório penal¹¹⁰, é requisito para o início de processo de execução. E o recolhimento do réu à prisão, caso esteja aguardando o julgamento em liberdade, é requisito para a expedição da guia de recolhimento. Portanto, o processo de execução tem início após o trânsito em julgado da decisão condenatória, enquanto que, a execução da pena, propriamente dita, obviamente, terá o seu início com a prisão do condenado.

Conforme ressaltado no capítulo I, item 1.7.3.1, no Direito Pátrio, a execução penal é dotada de autonomia, sendo a expedição de guia de recolhimento, a forma do juiz responsável pela condenação delimitar seu alcance, a fim de que o juiz responsável pela execução da pena disponha dos elementos indispensáveis à delimitação da condenação imposta. Importante destacar que, mesmo que por questão de organização judiciária, o juiz responsável pela condenação, for também o responsável pela execução da pena, ainda que não tenha havido recurso de quaisquer das partes, será necessária a expedição de guia de recolhimento, pois a competência para a execução somente terá início de fato, com o

¹⁰⁹ A Lei 9.099/1995, que estabeleceu a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, inicialmente considerou infração de menor potencial ofensivo, portanto passíveis de transação penal, as contravenções penais e os crimes a que a lei não comine pena máxima superior a um ano, excetuando-se aqueles submetidos a procedimento especial. Posteriormente à vigência da Lei 10.259/2001, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais em âmbito federal, que considerava infração de menor potencial ofensivo, as contravenções penais, e todos os crimes a que não se cominasse pena máxima superior a dois anos, a Lei 11.313/2006, alterou os artigos 61 da Lei 9.099/1995 e art. 2º da Lei 10.259/2001, estabelecendo a conceituação de infração de menor potencial ofensivo, que compreende as contravenções penais e os crimes a que não seja cominada pena máxima superior a dois anos.

¹¹⁰ O título executório penal tem sido exposto como um dos pressupostos da execução penal, mas na realidade, encerra em si a qualidade de pressuposto jurídico único de aludida execução. Fixa ele a qualidade e a quantidade da consequência penal do fato, a título de pena ou medida de segurança, em virtude da coisa julgada processual penal – com a peculiaridade, embora, de remontar a sentença determinativa, alterável, portanto, sob determinadas condições ulteriores, e de, afinal, submeter-se às finalidades do direito penal não punitivo, como a da futura reinserção do sentenciado na vida social (BENETI, 1996, p. 51).

cumprimento desta determinação legal. Afinal, a guia é endereçada ao juiz da execução, que somente é o mesmo da condenação, como se disse, por questão de organização judiciária¹¹¹.

Em diversos países, a competência para a execução da pena depende da origem do provimento condenatório, havendo ligação entre o prolator da sentença e o responsável pela execução, assim ocorre em Portugal; conforme o disposto no art. 470º do CPP, na Itália; conforme o disposto no art. 665, do CPP, na Espanha; conforme o disposto nos arts. 795.5 e 894 a 986 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, e na Argentina; conforme o disposto no art. 490º, do CPP.

Mirabete (2004, p. 301) menciona que o extinto Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul entendia que a competência para a expedição da guia de recolhimento seria do juiz encarregado da execução e não do prolator da sentença, entretanto, informa, com acerto, que isso foge à lógica do art. 105 da LEP, visto estarem os autos do processo de conhecimento em poder do juiz sentenciante. Acrescenta-se a isso, o fato de que somente com a autuação da guia de recolhimento estarão formados os autos de execução¹¹².

Alguns países adotam forma distinta para o início da fase de execução. Na Alemanha, a execução dependerá da certificação da executoriedade da sentença, fornecida por meio de uma cópia *testimoniada* da parte resolutiva da sentença¹¹³, e será de competência da *fiscalía*, órgão estatal competente para a persecução penal (ROXIN, 2000, p. 50), que poderá, por si, emitir ordem de detenção ou condução forçada do condenado, caso não se apresente espontaneamente (Idem, p. 503-504).

¹¹¹ Em resumo, não é o recebimento da guia de recolhimento que confere a competência ao juiz da execução; ela é estabelecida pelo trânsito em julgado da sentença. Ao juiz encarregado da execução devem ser apresentados os pedidos do condenado e as manifestações do Ministério Público que versem sobre a execução. Está eivada de nulidade a decisão sobre o processo executório quando provém do juiz da sentença, salvo, evidentemente, quando for este o competente para a execução por força da lei local (MIRABETE, 2004, p. 309).

¹¹² Com fundamento no art. 105, Daniel Prado da Silveira e Hideo Ozaki entendem que “somente quando autuada a guia de recolhimento pelo cartório da Vara das Execuções Criminais passa o juiz da execução a ter firmada sua competência para conhecer, decidir e executar a sentença condenatória” (Idem, p. 308).

¹¹³ § 451 [autoridades de ejecución] (1) La ejecución pena se verificará mediante la fiscalía como autoridad de ejecución, em virtud de una copia legalizada de la fórmula de la sentencia, que debe ser otorgada por el fedatario de la secretaría del Juzgado provista de la certificación de executoriedad (ENCINAS, 2000, p. 388).

Em Portugal, o Ministério Público é competente para promover a execução da pena e medidas de segurança, segundo o disposto no art. 469º, do CPP, cabendo a ele o envio de cópia da sentença transitada em julgado, ao Tribunal competente para execução, e demais órgãos da execução, art. 477º, número 1, do CPP. Observe-se que em Portugal, a execução penal: “corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de 1. instância em que o processo tiver corrido”, excetuando-se as hipóteses em que o feito foi julgado em primeira instância pela *relação* ou pelo *Supremo Tribunal de Justiça*, ou, ainda, se a decisão tiver sido revista e confirmada, situação em que a execução ocorrerá na comarca do domicílio do condenado, salvo sendo o condenado seja membro da Magistratura ou do Ministério Público, casos em que a execução terá como sede o Tribunal mais próximo. Tudo isso, conforme o art. 470º, números 1 e 2, do CPP. Germano Marques da Silva (1994, p. 369-370)¹¹⁴ confirma a ausência de autonomia da execução em Portugal, e a validade da sentença, por si, como título executivo.

Na Itália, juiz competente para a execução será aquele que emitir o provimento condenatório, excetuando-se os casos de recurso que provoque a modificação da condenação, casos em que o juiz do apelo, que modificou a sentença condenatória, será o competente para a execução. O juiz competente procederá em razão de pedido do Ministério Público, do interessado ou defensor, conforme estabelece o art. 665 do CPP.

Na Espanha, a execução da pena depende da sentença condenatória firme, e inicia-se de ofício, realizando-se na forma prescrita em lei, sempre sujeita ao controle dos juízes e tribunais competentes (HINOJOSA SEGOVIA, 2002, p. 833).

Na Argentina, o cômputo da pena se realizará diretamente pelo órgão judicial sentenciante, também assim, a fixação do vencimento da pena, havendo a notificação

¹¹⁴ A execução em processo penal não é um processo autônomo e antes é constituída pela sequência de actos do processo idôneos para executar diretamente a decisão penal. A imediata exequibilidade das decisões jurisdicionais penais não se compadece com um novo pedido ou promoção da execução; <<a decisão vale por si mesma, como título executivo>>.

do Ministério Público e do interessado, que poderão concordar ou impugnar a liquidação. Havendo a confirmação da liquidação, haverá a imediata comunicação ao juiz competente para a execução, isso conforme dispõe o art. 493º do CPP.

A guia de recolhimento se traduz em importante meio orientador da execução da sentença penal condenatória, contendo, segundo Mirabete (2004, p. 302), três funções:

Em primeiro lugar, constitui-se em medida de garantia individual, pois somente ela possibilita a execução de uma pena privativa de liberdade. Em segundo, é o instrumento do título executório constituído pela sentença condenatória transitada em julgado, não permitindo que na execução se extravase a punição além dos limites fixados pela decisão. Por fim, é também um documento que orienta a individualização da pena, já que deve fornecer elementos sobre os antecedentes e o grau de instrução do condenado, o relato do fato criminoso e outros dados reputados indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

Com efeito, o art. 106 da LEP, estabelece o que deverá constar da guia de recolhimento, que compreende a identificação completa do condenado, incisos I e II, informação sobre seus antecedentes e grau de instrução, inciso IV, as informações completas da denúncia e da sentença condenatória e seu do trânsito em julgado, inciso III, qualquer outra informação constante do processo, que possa influenciar no tratamento adequado a ser dado ao condenado, inciso VI, e a data prevista para o término do cumprimento da pena. Deverá constar, ainda, da guia de recolhimento a informação de que o condenado era, ao tempo do fato criminoso, funcionário da Administração Criminal, tendo em vista que esta situação acarreta a colocação do condenado em dependência separada, conforme preceitua o parágrafo 2º, do art. 84, da LEP.

A guia de recolhimento, obrigatoriamente elaborada por funcionário público e assinada pelo juiz, deverá ser remetida à autoridade administrativa responsável pelo estabelecimento onde estiver preso o condenado. Será cientificado o Ministério Público de sua expedição e haverá alteração da guia de recolhimento sempre que o prazo de duração da pena ou o início do cumprimento for modificado, de acordo com os parágrafos 1º a 3º, do art. 106,

da LEP. A ausência de qualquer dos requisitos legais da guia de recolhimento, retirará do documento a característica de título executivo (Idem, p. 312).

Estabelece o parágrafo 1º do art. 107, da LEP, a cientificação do condenado sobre a expedição da guia de recolhimento, por parte da autoridade administrativa, que deverá, ainda, ao recebê-la dar recibo do recebimento, e providenciar o registro em livro especial e juntada ao prontuário do condenado (§ 2º, art. 107, da LEP).

A recusa do juiz na expedição da guia de recolhimento, ensejará correição parcial, havendo *error in procedendo* (MIRABETE, 2004, p. 302)¹¹⁵. Eventuais erros ou omissões constantes da guia de recolhimento poderão ser aventados pelo Ministério Público, pela autoridade administrativa responsável pelo estabelecimento onde se achar preso o condenado e pelo próprio condenado, para a devida correção pelo juiz. Entretanto, esta situação não se confunde com o previsto no parágrafo 2º, do art. 106, da LEP, que menciona a retificação da guia de recolhimento nos casos de mudança quanto ao início da execução ou duração da pena (Idem, p. 313).

Tendo em vista o fato de que a guia de recolhimento deve orientar a individualização da pena e mantê-la nos exatos limites da condenação, evitando-se excessos ou desvios no cumprimento, evidentemente, a recusa imotivada de sua expedição ou eventuais erros ou omissões nela constantes, que tragam prejuízo ao condenado, traduzem-se em constrangimento ilegal. Por isso, entendemos ser possível a utilização do *habeas corpus*, como forma de compelir o juiz a expedir a guia de recolhimento, ou corrigir erros e omissões que porventura existam na guia já expedida.

¹¹⁵ Neste sentido RT 549/343 (GRINOVER, 1998, p. 259).

3.2.1 Expedição de guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: execução provisória: procedimento

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, isso é o que determina o inciso LVII, do art. 5º, da CF, entretanto, a prisão processual, cautelarmente decretada, está longe de ser exceção entre nós, sem adentrar no mérito da controvertida questão da prisão processual, que foge aos objetivos do trabalho, analisaremos a questão da execução provisória da pena.

Se por um lado, autores criteriosos em relação à eficácia e alcance das normas constitucionais, rechaçam de forma veemente a possibilidade de execução provisória da decisão condenatória, antes do trânsito em julgado. Por outro, autores não menos comprometidos com as normas constitucionais alegam não ser possível ignorar a realidade de forma a prejudicar os acusados, presos cautelarmente.

Tucci (2004, p. 279-280) apresenta, convincentemente, suas razões para discordar da possibilidade de execução provisória de condenação penal, advertindo:

Com efeito, como já procuramos evidenciar, em precedentes trabalhos, a determinação de prisão (certamente de caráter, meramente, *processual*) do condenado, pelo simples fato da condenação, estabelecida em ato decisório de mérito sujeito a recurso, a par de aberrar o sistema executivo vigente em nosso ordenamento jurídico, afronta a preceituação contida no inc. LVII do art. 5º, da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Com peculiar precisão e propriedade, Tucci (Idem, p. 281) ensina, ainda, que a sentença penal condenatória recorrível, não transforma a prisão processual, permanecendo ela com a mesma natureza, havendo a necessidade de expressa menção a um dos requisitos da decretação da prisão preventiva, para que possa ser determinada a prisão do acusado, salientando a impossibilidade de fundamentar-se, por razões óbvias, a decretação da prisão preventiva na conveniência da instrução criminal.

Acrescenta-se a isso, que estando o acusado já submetido à prisão preventiva, a continuidade da prisão processual deverá ser analisada e motivada na sentença, especialmente, se a sua decretação fundou-se na conveniência da instrução criminal.

Seguindo a mesma orientação, Beneti (1996, p. 88-89)¹¹⁶ fala em impropriedade na denominação *execução provisória* e adverte, entretanto, sobre a necessidade de se amparar aos presos que aguardam a solução de recurso, quando já houve o trânsito em julgado para o Ministério Público¹¹⁷, principalmente em relação à progressão de regime de cumprimento de pena e direito ao trabalho, que possibilita a remição de pena. Não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação dos dispositivos da LEP aos presos provisórios, eis que há expressa previsão no parágrafo único, do art. 2º. Ademais, conforme salienta Nucci (2007, p. 971), o STF já pacificou a possibilidade de *execução provisória* com a edição das súmulas 716 e 717¹¹⁸.

Possibilidade da execução provisória – STF: Presunção de não culpabilidade. I. execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção de não culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol de culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com a ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência – sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões

¹¹⁶ Questão de grande relevância, ante os efeitos concretos, vem sendo a impropriamente denominada “execução provisória”, instituto, diversamente do que se passa no cível, inexistente no sistema processual penal e, mais, de absoluta incongruência nesse sistema, porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹¹⁷ A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal (NUCCI, 2007, p. 971).

¹¹⁸ Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717. Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

ainda à espera de solução (JSTF 287/356 e 292/353) (MIRABETE, 2004, p. 295-296).

Portanto, se a execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, afronta aos princípios constitucionais vigentes, não há dúvida de que, em determinadas situações, o acusado deve ser beneficiado pela aplicação das normas contidas na LEP, mesmo que, tecnicamente, continue preso cautelarmente.

Suponha-se a hipótese de uma condenação em que seja fixado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, não havendo recurso do Ministério Público, é evidente que a busca pela absolvição ou melhora da situação em recurso interposto contra a sentença, não pode impedir a colocação do acusado no regime semi-aberto. Pois, obrigar o acusado a escolher entre exercitar o direito de recurso ou se beneficiar do cumprimento da pena em regime fixado pela sentença, configuraria maior desrespeito aos direitos individuais, que eventual ofensa ao disposto no inciso LVII do art. 5º, da CF¹¹⁹.

Embora haja fundadas razões para a defesa da aplicação dos institutos previstos na LEP, aos presos condenados provisoriamente, sem que haja recurso do Ministério Público¹²⁰, ainda há resistência em relação à expedição de guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tucci (2004, p. 281) questiona, inclusive, a possibilidade de regulamentação, termo colocado entre aspas pelo autor, da questão por meio de atos emanados de outro Poder, que não o Legislativo, já que considera totalmente inviável a execução provisória de condenação sem o trânsito em julgado.

¹¹⁹ Ocorre que os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, servem para a proteção do indivíduo, e não para prejudicá-lo, o que aconteceria caso fosse utilizado como causa impeditiva da execução provisória (Idem, p. 972).

¹²⁰ Realmente, prevê a lei de execução institutos penais como a progressão, remição, livramento condicional, indulto etc., não se podendo excluir deles os condenados que, preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão desses benefícios, em decorrência de terem sido submetidos à prisão provisória, não estão sujeitos à agravação da sentença, diante do princípio da *non reformatio in pejus* (MIRABETE, 2004, p. 295).

Daí, por certo, também a *inconstitucionalidade* de Provimentos, como o expedido sob o n. 653/99, pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinante de esdrúxula “*guia de recolhimento provisória*” - [...] e o desacerto de moções como a do *Painel de Debates sobre a Execução Penal*, realizado em São Paulo, nos dias 25 e 26.06.1998, pela Escola Paulista da Magistratura, em conjunto com a Associação Juizes para a Democracia, *verbis*: “Sendo a execução provisória da pena um direito consagrado no ordenamento jurídico, há necessidade de regulamentação pelo Tribunal de Justiça acerca da expedição da guia de recolhimento provisória, fixando-se a competência do juízo da execução penal (v. u.)” (Idem, p. 281-282, nota 32).

Nucci (2007, p. 972) defende não só a expedição de guia provisória, como sua feitura de ofício, colacionando, além do Provimento 653/99 do Conselho Superior da Magistratura Paulista, combatido por Tucci, a Resolução 19, de 29 de agosto de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece a expedição de guia de recolhimento provisória, em atenção ao direito de petição sobre direitos relativos à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer. Há de se registrar que o *habeas corpus* tem sido utilizado como meio de se compelir o juiz a ordenar a expedição da guia de recolhimento¹²¹.

Entende-se que a controvérsia se deve à ausência de um total amadurecimento na interpretação do sistema jurídico penal, de forma a conciliar institutos como a prisão cautelar processual, em especial a prisão preventiva, com a necessidade de oferecer ao acusado tratamento de inocente, até o trânsito em julgado da condenação. Tanto que, não raro, encontram-se sentenças condenatórias em que se nega o direito de recorrer em liberdade, sob o singelo argumento de que o acusado aguardou a decisão preso e, portanto, preso deve continuar até o resultado do recurso, sem, contudo, a análise da continuidade dos motivos ensejadores da prisão anteriormente à sentença¹²².

¹²¹ STJ: “Processo Penal – *Habeas corpus* – Ação Penal – Trânsito em julgamento – Ministério Público – Sentença condenatória – Execução penal provisória – Guia de recolhimento – Expedição – Obrigatoriedade. (...) 1. Se há trânsito em julgado para a acusação, da sentença condenatória nada obsta a expedição de guia de recolhimento, para a execução provisória da pena com vistas à progressão de regime prisional. Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida, determinando ao Tribunal de origem a expedição da guia de recolhimento provisório (EJSTJ 35/302) (MIRABETE, 2004, p. 296).

¹²² O réu que aguardou preso o decorrer da instrução deve continuar detido após a prolação da sentença condenatória, mormente se foi aplicado o regime fechado ou semi-aberto. Se antes do julgamento de mérito, que o considerou culpado, estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a

Diante desse quadro, até que haja um maior amadurecimento na interpretação do ordenamento jurídico, passível de acomodar os institutos vigentes, melhor é aceitar a execução provisória, mesmo afrontando a determinados preceitos constitucionais, que rechaçá-la, aceitando afronta mais grave aos direitos e garantias individuais.

3.3 Liquidação da pena e o regime inicial de cumprimento de pena: procedimento

A decisão sobre o regime inicial de cumprimento de pena deve ser tomada pelo juiz da condenação¹²³, afinal, o regime de cumprimento, faz parte da fixação da pena (art. 59, III, do CP e 110, da LEP), entendendo o STF, inclusive, que a omissão não pode ser sanada pelo tribunal de apelação ou juízo da execução¹²⁴. O art. 33, do CP, estabelece as diretrizes para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o que torna a decisão vinculada aos ditames legais, e propicia a alteração do regime fixado na sentença, caso haja incompatibilidade entre o regime fixado e as regras legais previamente estabelecidas¹²⁵. Disso, conclui-se que, sendo legal o regime fixado, haverá, com o decurso do prazo, o trânsito em julgado da decisão, não sendo possível sua alteração.

condenação. Excepcionam-se desse raciocínio os casos em que os motivos que levaram à prisão cautelar, durante a instrução, findaram (NUCCI, 2007, p. 569).

¹²³ Competência para a fixação do regime inicial de pena – STF: “Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Regime inicial de cumprimento da pena. Omissão da sentença. Código Penal, art. 59, III. I – a sentença condenatória deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme estabelecido no art. 59, III, do Código Penal. II – HC deferido em parte para que o Juiz de 1º grau, mantido o juízo condenatório, fixe o regime inicial de cumprimento da pena” (JSTF 274/297) (MIRABETE, 2004, p. 328).

¹²⁴ STF: “Sentença. Decisão condenatória. Nulidade. Inocorrência. Omissão do estabelecimento do regime inicial prisional. Fixação pelo tribunal de apelação ou pelo juízo de execução. Inadmissibilidade. Matéria de competência do juízo de conhecimento. (...) A omissão do estabelecimento do regime inicial da condenação não acarreta nulidade da sentença, nem comporta a fixação desse regime diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus*, pois trata-se de matéria de competência do juízo de conhecimento, não cabendo ao tribunal de apelação, tampouco ao juízo da execução suprir tal omissão” (RT 747/577) (Idem, p. 328).

¹²⁵ STF: “Pena – Regime semi-aberto – Revogação – Sentenciado que desatende aos requisitos estabelecidos pela Lei 7.210/84 – Expedição de carta de guia ao juiz das execuções penais para decidir sobre o seu cumprimento – Constrangimento ilegal inexistente – Recurso de *habeas corpus* improvido. Pode o juiz, de ofício, modificar as condições estabelecidas quando ao regime penal, desde que as circunstâncias o recomendem. (...) Regime de cumprimento de pena. Concedido o benefício do regime semi-aberto e permitido desde logo o trabalho externo, pode o juiz revogá-lo se o detendo desatende aos requisitos estabelecidos na lei (Lei 7.210/84, art. 37 e parágrafo único), expedindo carta de guia para o juiz das execuções penais” (RT 609/446) (Idem, p. 329-330).

Com efeito, conforme o art. 33, do CP, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A pena de detenção deverá ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto. Assim também, a pena de prisão simples, aplicável às contravenções penais, deverá ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, de acordo com o art. 6º, do Decreto-Lei 3.688/41. Ressaltando-se que a pena de detenção poderá ser cumprida em regime fechado em caso de regressão, ao contrário da prisão simples, que em nenhuma hipótese sujeitará o condenado ao regime fechado.

Deverá iniciar o cumprimento em regime fechado, o condenado à pena privativa de liberdade superior a oito anos; em regime semi-aberto, o condenado à pena privativa de liberdade superior a quatro anos e não excedente a oito, desde que não seja reincidente; em regime aberto, o condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, desde que não seja reincidente.

A Lei 8.072, de 25/07/1990, estabeleceu o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, aos condenados pelos crimes descritos no seu art. 1º, bem como, pela prática de tortura¹²⁶, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins e terrorismo. Depois de quase vinte anos de muita discussão, acerca da constitucionalidade do dispositivo, alterou-se o texto legal, por meio da promulgação da Lei 11.464, de 29/03/2007, estabelecendo-se a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena para os condenados pelos crimes mencionados, porém, com prazos diferenciados e mais rígidos em relação aos crimes comuns. Anteriormente, a Lei 9.034, de 03/05/1995, havia estabelecido o início do cumprimento de pena em regime fechado, independentemente da quantidade, para os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa.

¹²⁶ A Lei 9.455/97, que define o crime de tortura e dá outras providências, no art. 1º, § 7º, estabelece o regime fechado para o início do cumprimento de pena aos condenados pela prática de tortura, possibilitando, desde então, a progressão de regime de cumprimento de pena, situação que atualmente importará na sujeição dos condenados aos prazos mais rigorosos previstos na Lei 11.464/07, já que a tortura é equiparada aos crimes hediondos.

Pode ocorrer, entretanto, que após a autuação da guia de recolhimento e início do cumprimento da pena, sobrevenha o trânsito em julgado de condenação por outro crime, devendo o juiz da execução fixar o regime de cumprimento das penas, após a soma do restante da pena referente à primeira condenação com a pena da segunda condenação, de acordo com o estabelecido no art. 111, da LEP. Dessa operação poderá resultar a regressão do condenado a regime mais rigoroso, ressaltando-se que a prisão simples nunca provocará a regressão para o regime fechado.

Elaborada a conta de liquidação das várias penas a que está submetido o preso, passa a existir um conjunto de penas que devem ser tidas como um todo para determinados efeitos, como a determinação do regime inicial (art. 111 da LEP) e da progressão (art. 112 da LEP) e, em conseqüências das saídas temporárias (art. 122 da LEP) e do trabalho externo (art. 34, § 3º do CP e 36 da LEP); remição (arts. 111 e 126 da LEP); do livramento condicional (art. 84 do CP); da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180 da LEP), do limite de penas (art. 75 do CP); da reabilitação (art. 93 do CP) etc. (Idem, p. 320).

Não há necessidade de se ouvir as partes antes da decisão de fixação de regime em caso de pluralidade de condenações. Entretanto, a intimação a respeito da decisão será obrigatória, possibilitando às partes a discordância em relação à fixação do regime de cumprimento de pena. Em caso de manifestação do condenado ou do Ministério Público, opondo-se ao regime fixado, deverá ser autuada, seguindo-se o rito previsto nos arts. 194 a 197, da LEP, possibilitando-se, obviamente, a interposição de agravo em face da decisão proferida pelo juiz da execução¹²⁷.

Por imposição do sistema legal de aplicação e execução das penas privativas de liberdade, conforme dispõem os arts. 69, 76, do CP, e 681, do CPP, as penas mais graves

¹²⁷ Elaborado o cálculo de liquidação, deve ser dada ciência ao Ministério Público e ao condenado, tal como ocorre em relação à guia de recolhimento. Cabendo ao Ministério Público todas as providências necessárias ao desenvolvimento normal do processo executivo, um de seus principais cuidados deve ser o de verificar se o cálculo elaborado corresponde exatamente ao tempo das penas aplicadas ao condenado. De outro lado, além da obediência ao princípio do contraditório, deve-se assegurar ao condenado a possibilidade de manifestar-se sobre o assunto para garantir o direito de liberdade em dia certo e determinado, que é o da terminação das penas impostas. Vindo a ser alterado ou não o cálculo de liquidação de penas, tem o preso o direito a um atestado relativo à pena a cumprir a ser emitido anualmente pelo juiz da execução (art. 41, XVI, e art. 66, X, da LEP) (Idem, p. 317).

serão executadas em primeiro lugar, independentemente da ordem cronológica de trânsito em julgado. Ressaltando-se que, enquanto vigia a restrição ao sistema progressivo de cumprimento de penas, para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, o cumprimento das penas a eles referentes deveria anteceder a qualquer outra, mesmo que as penas fossem da mesma natureza. Atualmente, basta a observância da diversidade de requisito temporal existente entre os crimes, já que não mais se veda a progressividade de regime.

Há a possibilidade de que a detração de pena, prevista no art. 42 do CP¹²⁸, ocasione a vantagem de possibilitar a fixação de um regime mais brando em relação àquele que deveria ser fixado pela simples soma das penas aplicadas.

3.4 Sistema progressivo de cumprimento de pena: procedimento

As penas privativas de liberdade deverão ser cumpridas nos regimes fechado, semi-aberto e aberto de forma progressiva, de acordo com os requisitos temporais e subjetivos, que envolvem o mérito do condenado (art. 112, da LEP). Portanto, após a fixação do regime inicial, o condenado poderá galgar os regimes menos rigorosos ou ser submetido à regressão, se demonstrar comportamento incompatível com o regime em que se encontra¹²⁹.

O regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, *a*, do CP). Tais estabelecimentos são as penitenciárias, que deverão ser construídas em locais afastados, para condenados homens, sem que se haja restrição ao direito de visita, e dotada de seção para gestante e parturiente, além de creche (arts. 87 a 90, da LEP). O regime fechado de cumprimento de pena se caracteriza “por uma

¹²⁸ Código Penal, art. 42. “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

¹²⁹ Com a adoção do sistema inglês de progressão, são três as etapas a serem percorridas: a) isolamento celular; b) período de semiliberdade, de preferência em colônia agrícola; c) liberdade vigiada. Entre nós, as três fases constituem os regimes fechado, semi-aberto e aberto (SCARANCA FERNANDES, 1999, p. 46).

limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles” (Idem, p. 268).

O regime semi-aberto deverá ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *b*, do CP), onde poderá haver alojamento coletivo, observadas as regras de salubridade e de conforto (arts. 91 e 92, da LEP). É destinado aos “condenados que, embora convencidos de que devem observar a disciplina e não empreender fuga, com certo senso de responsabilidade, não têm o suficiente autodomínio para se submeter ao regime aberto” (Idem, p. 272).

O regime aberto deverá ser cumprido em casa do albergado ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *c*, do CP), que deverá ser construído em centro urbano e desprovido de aparatos que visem evitar a fuga, já que o regime é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (arts. 93 a 95, da LEP).

A Espanha adota, como o Brasil, o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade, estabelecido no art. 72 da LOGP-Lei de Orgânica Geral Penitenciária e no RP-Regulamento Penitenciário, voltado a conhecer e tratar as peculiaridades da personalidade do condenado, por meio de um sistema de individualização científica, tendente a proporcionar sua reeducação e reinserção social (HINOJOSA SEGOVIA, 2002, p. 834). Os condenados são classificados em graus (art. 72, LOGP e 101, RP), para determinação de qual será o regime inicial de cumprimento da pena. Estabelecendo-se o regime fechado para os condenados classificados como de primeiro grau (arts. 72.2, LOGP e 74 e 89 e ss., RP); o regime ordinário para os condenados classificados como de segundo grau (arts. 72.2, LOGP e 74.1 e 76 e ss., RP); e o regime aberto para os condenados classificados como de terceiro grau (arts. 72.2, LOGP e 74.2 e 80 e ss., RP) (Idem, p. 837-838). A liberdade condicional é considerada o último grau de classificação do condenado (arts. 91 e 72, LOGP e 74 e 101, RP) (SENDRA, 1996, p. 904).

Entre nós, a progressão para regime mais brando está condicionada ao cumprimento de um sexto da pena no regime anterior com bom comportamento carcerário. Antes da vigência das alterações introduzidas pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o art. 112, da LEP, determinava que a progressão de regime se subordinada, além do lapso temporal de um sexto de cumprimento de pena no regime anterior¹³⁰, à indicação do mérito do condenado. Este requisito subjetivo era analisado, quando necessário, mediante parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico. Ressalte-se que a Comissão Técnica de Classificação, deve ser composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, e será presidida pelo diretor do estabelecimento penal (art. 7º, da LEP).

Dispõe o art. 6º, da LEP, que a Comissão Técnica de Classificação será responsável pela classificação do condenado ou preso provisório e elaboração do programa individualizador da pena privativa de liberdade¹³¹, tendo sido excluídas da sua competência o acompanhamento da execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, além do dever de propor as progressões e regressões de regime de cumprimento de pena e conversões¹³².

¹³⁰ O parágrafo 2º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, alterada pela Lei 11.464/2007, estabelece como requisito temporal para a progressão de regime de cumprimento de pena, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, o prazo de dois quintos da pena, caso seja primário o condenado, e três quintos da pena, caso seja reincidente o condenado.

¹³¹ Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar: a) *individualização legislativa*: o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer a espécie de pena (detenção ou reclusão) e a faixa na qual o juiz pode mover-se (e.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos), entre outros aspectos; b) *individualização judicial*: na sentença condenatória deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento de pena e pelos eventuais benefícios (penas alternativas, suspensão condicional da pena etc.); c) *individualização executória*: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio da execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica (NUCCI, 2007, p. 941).

¹³² Na execução das penas privativas de liberdade, embora da nova redação do art. 6º tenha sido excluída a referência à atribuição de acompanhamento e à iniciativa de propor as progressões e regressões de regime, a Comissão Técnica de Classificação, além da classificação do condenado e da elaboração do programa individualizador, poderá ser chamada a se manifestar, emitindo parecer, quando entender necessário o juiz da execução, sobretudo quando da progressão de regime e do ingresso do condenado no regime aberto (art. 114, II) e por ocasião do processamento do pedido de livramento condicional do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, já que o deferimento está condicionado à existência de condições

A alteração introduzida pela Lei 10.792/2003, muito criticada, e qualificada como péssima por Nucci (2007, p. 952), por impor “imensa restrição à atuação da Comissão Técnica de Classificação”, provocou discussão acerca da possibilidade de utilização do parecer da Comissão para efeito de análise de benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional. Prevalecendo o sensato entendimento, inclusive jurisprudencial¹³³, de que não há qualquer vedação ao uso desse importante instrumento de orientação do juiz da execução. Afinal, retirar-se a obrigatoriedade de um determinado meio de prova, não equivale a proibi-lo, sendo dispensável em situações mais confortáveis à análise do juiz, como condenados primários autores de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, nada o impede de recorrer a ele quando o caso requeira atenção além do normal. Sem que isso importe em vinculação da decisão à conclusão do laudo, afinal, não vigora entre nós o sistema da prova legal, havendo sim, a necessidade de observância do livre convencimento motivado¹³⁴.

É de se observar, que continua vigorando a obrigatoriedade de elaboração de exame criminológico¹³⁵ para condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado

personais que façam presumir que não voltará ele a delinquir (art. 83, parágrafo único, do CP). A verificação de tais condições, em muitos casos, pode ser efetuada mediante exame criminológico (MIRABETE, 2004, p. 56).

¹³³ Inexistência de constrangimento ilegal na realização de exame criminológico para a progressão – STJ: “1. Em consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 112 da Lei 7.210/84, não constitui constrangimento ilegal a determinação do Juízo das Execuções Criminais em submeter o condenado, ainda que em execução provisória, à realização de exame criminológico, para fins de progressão de regime. 2. Ordem denegada.” (EJSTJ 35/310) (MIRABETE, 2004, p. 436).

¹³⁴ Inexistência de vinculação do juiz às conclusões do laudo de exame criminológico – STJ: “Não se pode beneficiar em demasia o exame criminológico, que representa, apenas um instrumento de auxílio ao juiz, sem vinculá-lo às suas conclusões. Assim a autoridade judiciária não fica adstrita às opiniões ou presunções estabelecidas no trabalho pericial, podendo decidir contrariamente a elas sempre que julgar conveniente em nome do interesse maior que é o social (RT 716/422)” (Idem, p. 440).

Inadmissibilidade de rejeição de parecer da Comissão Técnica de Classificação sem justificação – STF: “Pena – Regime prisional – Progressão – Parecer da Comissão Técnica de Classificação favorável à progressão – Recusa pelo juiz sem a devida fundamentação – Inadmissibilidade, pois apesar do Magistrado não estar vinculado ao parecer, o despacho da recusa do benefício há de ser justificado. [...]” (RT 788/505) (Idem, p. 445).

¹³⁵ A diferença entre o exame de classificação e o exame criminológico é a seguinte: o primeiro é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a evidenciar o modo pelo qual deve sua pena no estabelecimento penitenciário (regime fechado ou semi-aberto); o segundo é mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de

(art. 8º, da LEP), a fim de obter elementos necessários à classificação e individualização da pena. Assim não há razão para dúvida acerca da viabilidade da realização da análise técnica das condições do condenado durante o cumprimento da pena, mormente para efeito de concluir pela possibilidade de progressão de regime.

Com efeito, a progressão de regime de cumprimento de pena se dará com o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos, mediante atuação de ofício do juiz da execução, iniciativa do condenado, do Ministério Público, bem como, dos demais legitimados pelo art. 195, da LEP, seguindo-se o procedimento previsto nos arts. 194 a 197, da LEP, observando-se que o art. 112, da LEP, estabelece expressamente, a necessidade de motivação da decisão, mediante prévia manifestação do MP e do defensor. É farta a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de cumprimento das exigências acima mencionadas, como necessidade de manifestação do MP¹³⁶; necessidade de manifestação da defesa¹³⁷; necessidade de subsunção ao procedimento adequado¹³⁸, que somente pode ser afastada em situações excepcionais¹³⁹.

agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa (NUCCI, 2007, p. 951).

¹³⁶ Necessidade de vista dos autos ao Ministério Público – STJ: “Execução penal – Tráfico de entorpecentes – Transferência de réu – Concessão de progressão de regime – Manifestação do Ministério Público – Ausência – Nulidade – Alegação de cumprimento da pena – Réu foragido. – é nulo r. *decisum* que, em sede de execução, defere pedidos de transferência do réu e progressão para o regime semi-aberto sem a prévia manifestação ministerial (...)” (RSTJ 168/469) STJ: “Penal. Processual. Execução. Recurso. 1. Deve o Juiz das Execuções apreciar pedido do Ministério Público para submeter o Réu a exame criminológico, concedendo-lhe também nova vista dos autos. 2. Recurso provido” (RSTJ 69/383) (MIRABETE, 2004, p. 439).

¹³⁷ Necessidade de intimação da defesa sobre laudo de exame criminológico – STF: “Pena – Regime prisional – Progressão - Exame criminológico – Falta de intimação da defesa para manifestação sobre conclusão desfavorável do laudo – Circunstância que em tese autoriza a anulação da decisão denegatória do pedido, por ofensa ao princípio do contraditório – Vício superado, porém, se admitida reiteração do pedido, que constitui oportunidade adequada para exame crítico do laudo [...]” (RT 669/389) (Idem, p. 439-440).

¹³⁸ Inadmissibilidade da progressão por meio de *habeas corpus* – STF: “Recurso ordinário de *habeas corpus*. Além de o *habeas corpus*, por via de regra, não ser o meio processual hábil para o exame do preenchimento, ou não, do requisito subjetivo exigido pelo art. 112 da Lei das Execuções Penais, não há nos autos sequer a manifestação do Ministério Público e o teor da decisão que não acolheu os laudos criminológicos, elementos esses em que se baseou, também, o indeferimento da progressão pretendida, e, portanto, indispensável para sua apreciação” (JSTF 210/391) [...]

STJ: “Processual Penal. *Habeas Corpus*. Mudança de regime prisional. Remédio processual impróprio. (...) 1. O *habeas corpus* é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de poder. 2. inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional” (RSTJ 73/116) (Idem, p. 450).

¹³⁹ STF: “(...) *Habeas corpus*. Progressão de regime prisional: requisitos objetivos e subjetivos. 1. Paciente condenado às penas de 50 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão por diversas infrações, tendo cumprido mais de 16

Entretanto, admite-se a utilização da via excepcional do *habeas corpus* a fim de afastar suspensão indefinida do julgamento, sob a alegação de necessidade de informações complementares ou para que outra decisão seja proferida, em casos de despacho singelo que não demonstra satisfatoriamente os motivos da decisão (Idem, p. 434). Da mesma forma, o *writ* foi muito utilizado como forma de se afastar o óbice imposto pela lei 8.072/90, à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, determinando-se ao juiz da execução a análise do mérito da pretensão, obviamente, após e alteração promovida pela Lei 11.464/2007, não há mais razão para tal pedido de *habeas corpus*.

O *habeas corpus*, pelas características, especialmente a celeridade do julgamento, tem sido amplamente utilizado para impedir o condenado de ingressar em regime adequado, pela alegação de falta de vaga em estabelecimento adequado, situação muito corriqueira a presos provisórios condenados ao cumprimento de pena inicialmente em regime semi-aberto¹⁴⁰.

A progressão de regime na Espanha, país no qual, conforme dito anteriormente, os sentenciados são classificados em graus, será submetida à reavaliação da

anos em regime fechado. Atendimento do requisito objetivo para a progressão do cumprimento de 1/6 das penas (art. 112, *caput*, da Lei nº 7.210/84). 2. Exame Criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação favoráveis à progressão do regime prisional, restando atendidos, em parte, os *requisitos subjetivos* (artigo 112, *caput*, *in fine*, e parágrafo único, da LEP). Óbice suscitado pelo Ministério Público para a concessão da progressão por estar o paciente respondendo a inquérito como suspeito de ser o mandante da morte de colega de cárcere, acolhido pelo Juiz das Execuções Penais. 3. O paciente não está sujeito a aguardar indefinidamente as conclusões do procedimento administrativo para obter o benefício da progressão do regime prisional, o qual, entretanto, poderá ser a qualquer momento objeto da regressão (artigo 118, *caput*, da LEP). 4. A concessão do benefício não pode levar em conta o que ocorreu no passado, mas, apenas, se estão reunidos os requisitos necessários. 5. *Habeas corpus* conhecido e deferido, por maioria, para assegurar ao paciente a progressão do regime prisional” (HC 79.497-1-RJ – DJU de 29-9-2000, p 71) (Idem, p. 452).

¹⁴⁰ Inadmissibilidade de cumprimento da pena em regime mais severo do que o fixado por falta de vagas – STF: “Regime de cumprimento de pena: concedido o regime inicial semi-aberto, não é dado impor a permanência do condenado, em regime fechado, à espera de vaga em estabelecimento adequado àquele menor severo que lhe foi deferido na sentença: informada a existência de vaga para o regime semi-aberto, concede-se parcialmente o *habeas corpus* para que, uma vez preso, seja o paciente imediatamente encaminhado ao estabelecimento adequado à sua aplicação” (HC 76.930-9-SP, DJU de 26-3-99, p. 2). STJ: “Execução penal. Ré condenada ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. Inexistência de vaga em estabelecimento adequado. Prisão domiciliar. Consubstancia-se constrangimento ilegal a manutenção da paciente em regime fechado, quando esta foi condenada ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. Ante a inexistência de vaga no estabelecimento adequado, impõe-se a transferência, até que surja vaga no estabelecimento de regime aberto e na sua ausência, para prisão domiciliar. Precedentes. Ordem concedida para que a paciente seja transferida, até que surja vaga no estabelecimento com o regime semi-aberto, para casa do Albergado e na sua ausência, para prisão domiciliar” (EJSTJ 35/273) (Idem, p. 376).

classificação inicial do condenado, por meio do sistema de individualização científica (art. 101 a 104, RP), a cada seis meses (art. 105, RP), podendo haver a progressão ou regressão, de acordo com os resultados positivos ou negativos da reavaliação (art. 106, RP) (HINOJOSA SEGOVIA, 2002, p. 840).

Além dos requisitos previstos para a progressão de regime, o ingresso no regime aberto de cumprimento de penas, depende da aceitação do programa correspondente, bem como, das condições impostas pelo juiz (art. 113, 115 e 116, da LEP). Assim, somente estará apto a cumprir pena em regime aberto, quem estiver trabalhando ou comprove a possibilidade de iniciar atividade laborativa imediatamente, salvo o condenado maior de setenta anos, ou acometido de doença grave, ou a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou gestante, que poderão ser dispensados da obrigatoriedade do trabalho. Além disso, é necessário haver evidências de que o condenado demonstra autodisciplina e senso de responsabilidade, e, portanto, poderá se ajustar ao novo regime (arts. 114 e 117, da LEP).

A legislação local poderá estabelecer condições para o regime aberto (art. 119, da LEP). Além disso, serão obrigatórias as seguintes condições: permanecer no local designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização; comparecer a juízo, para informar e justificar suas atividades, quando for determinado (art. 115, da LEP).

O art. 118, da LEP, estabelece a forma regressiva de cumprimento da pena privativa de liberdade, condicionada ao cometimento de fato definido como crime doloso ou falta disciplinar de natureza grave, condenação, por crime anterior, a pena que inviabilize a continuidade do regime mais brando, além dos casos, de condenado cumprindo pena em regime aberto, que frustrar os fins da execução ou não pagar multa a ele imposta, reunindo condições para tanto.

Com exceção dos casos de condenação posterior que inviabilize a manutenção do regime mais brando, sempre será necessária a oitiva do condenado, antes da decretação de sua regressão¹⁴¹. Havendo a necessidade de oitiva do condenado, o acatamento de justificativa por ele apresentada para a manutenção do regime, obviamente, deverá ser submetido à manifestação prévia do MP, e até mesmo a produção de prova necessária à comprovação das alegações das partes, sujeitando-se a decisão à interposição de agravo pela parte inconformada. Portanto, aplica-se o procedimento previsto nos arts. 194 a 197, da LEP, às hipóteses de regressão de regime de cumprimento de pena.

Se a progressão não poderá dispensar a passagem pelo regime intermediário, devendo ocorrer de forma escalonada, inviabilizando o salto do regime fechado para o aberto, a regressão poderá levar o condenado do regime aberto diretamente ao regime fechado, ante a impossibilidade de cumprimento de pena no regime intermediário (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 47).

É possível a determinação cautelar da regressão, antes do cumprimento da obrigatoriedade de possibilitar ao condenado explicar os seus motivos ao juiz da execução, evidentemente, a medida se faz necessária, sob pena de ineficácia de regressão do condenado, que pode fugir ante a eminência da regressão¹⁴². Nucci (2007, p. 974) mostra-se favorável à regressão cautelar, e indica como adeptos dessa possibilidade, Antônio Luiz Pires Neto e José Eduardo Goulart.

¹⁴¹ Necessidade de oitiva prévia do condenado pelo juiz – STF: “*Habeas corpus*. Duplo grau de jurisdição. Supressão de instância. Regressão do paciente ao regime fechado, sem que se procedesse à oitiva do mesmo. Reforma da decisão. Sustação do regime semi-aberto imposto em medida cautelar” (JSTF 237/319) [...] STJ: “Processual penal. Regime prisional. Falta grave. Regressão. Oitiva do réu. Necessidade. Recurso Especial. 1. A regressão ao regime prisional mais gravoso, do condenado que comete falta grave demanda sejam observados, pelo julgador, os comandos insertos na norma específica, neles incluída a prévia oitiva do réu (LEP, art. 118, § 2º). Recurso especial conhecido e provido” (EJSTJ 31/241) (MIRABETE, 2004, p. 494).

¹⁴² Deve o juiz da execução penal ter poderes cautelares para que a pena seja corretamente cumprida, pois só assim poderão ser superadas determinadas situações. O condenado, em regime aberto ou semi-aberto, incorre em falta grave, vindo, por exemplo, a cometer novo crime. O juiz da execução não pode determinar de imediato a regressão de regime, pois há necessidade de procedimento incidental, no qual serão ouvidos o sentenciado, o Ministério Público, e poderá ser admitida produção de prova. Também não teria sentido deixar o réu na mesma situação, a fim de que, aproveitando-se de sua maior liberdade, possa continuar delinqüindo. Vem, por isso, sendo admitida a suspensão provisória do regime, antes mesmo da oitiva do condenado (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 39).

A regressão de regime sujeita o condenado a iniciar um novo período de cumprimento de pena, apto a demonstrar a possibilidade de progressão, tem se entendido, atualmente, que o condenado que cumpre pena em regime fechado e comete falta disciplinar de natureza grave, estará sujeito o reinício da contagem de lapso temporal para a progressão, afinal se estivesse em regime mais brando seria causa de regressão, já que a prática de falta disciplinar demonstra falta de adaptação do condenado ao cumprimento da pena (MIRABETE, 2004, p. 486)¹⁴³.

3.5 Livramento condicional: procedimento

O livramento condicional, que corresponde à antecipação da liberdade, é a última etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade¹⁴⁴, embora já tenha sido considerado incidente de execução (BENETI, 1996, p. 134). Estabelece o art. 131, da LEP, que presentes os requisitos do art. 83 do CP, poderá o juiz da execução conceder o livramento condicional ao condenado, mediante prévia manifestação do Conselho Penitenciário e do Ministério Público.

As regras estabelecidas pelo art. 83 de CP são as seguintes: condenação à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos; cumprimento de pelo menos um terço, caso seja primário o condenado, e metade, caso seja reincidente em crime doloso o condenado; comportamento satisfatório; bom desempenho no trabalho atribuído durante o cumprimento da pena, e demonstração de aptidão para prover a subsistência mediante trabalho honesto; reparação do dano causado pelo crime, salvo efetiva impossibilidade;

¹⁴³ Habeas Corpus. Processual Penal. Cometimento de falta grave. Contagem do requisito objetivo para progressão de regime. Jurisprudência do STF. I – O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal de 1/6 da pena para a concessão de progressão de regime prisional. II – Habeas Corpus denegado, v. u., 20.06.2006, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, HC 88.928, DJU 18.08.2006.

¹⁴⁴ Embora sempre se tenha considerado o livramento condicional como um incidente de execução, a lei o exclui do rol que os encerra, tratando-o como um substitutivo penal (Idem, p. 551).

cumprimento de dois terços da pena, caso haja condenação por crime hediondo ou equiparado, caso não haja a reincidência específica em crimes dessa natureza; e por fim, a constatação de que, presumivelmente, não voltará a delinquir, caso seja condenado por crime doloso, praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Estabelecidas as condições para a concessão do livramento condicional, não haverá qualquer restrição no que se refere ao regime de cumprimento de pena em que se encontra o condenado.

A concessão do livramento condicional importará em condições, a serem estabelecidas na decisão concessiva, que são as seguintes: Obrigatórias, ocupação lícita, a ser obtida em prazo razoável, salvo os casos de inaptidão para o trabalho; comunicação periódica da sua ocupação ao juiz; não mudar da comarca da execução, sem prévia autorização judicial (art. 132, § 1º, da LEP), sendo permitido ao liberado residir fora da comarca, será enviada ao juízo do local onde for residir, e à autoridade responsável pela observação cautelar e proteção, cópia da sentença do livramento (art. 133, da LEP). Facultativas, não mudar de residência, sem prévia comunicação ao juiz e à autoridade encarregada da observação cautelar e proteção; recolher-se à habitação na hora designada; não frequentar determinados lugares (art. 132, § 2º, da LEP).

Provocará, obrigatoriamente, a revogação do livramento condicional, condenação irrecorrível à pena privativa de liberdade, em decorrência de crime cometido na vigência do benefício, ou condenação irrecorrível, por crime anteriormente cometido, caso a soma das penas inviabilize a manutenção do benefício. Haverá a revogação, facultativa, caso o condenado não cumpra as condições impostas por ocasião da concessão do benefício, ou seja, condenado, irrecorrivelmente, por crime ou contravenção não sujeito à pena privativa de liberdade. Revogado o livramento condicional, não poderá ser novamente concedido, e não será descontado da pena o tempo em que o condenado permaneceu em liberdade, salvo se a

revogação tenha ocorrido em virtude de crime cometido anteriormente à concessão (arts. 84 a 88, do CP, e 140 a 142, da LEP).

A legitimação para o pedido não difere dos demais momentos da execução da pena privativa de liberdade (art. 195, da LEP), Mirabete (2004, p. 571), entretanto, exclui o Ministério Público, em razão da expressa menção à manifestação do *parquet* antes da decisão sobre a concessão do benefício (art. 131, da LEP), embora, admita a necessidade de manifestação prévia da defesa e motivação da decisão, como forma de afirmação da judicialização da execução penal. Exige, ainda, o art. 131, da LEP, a prévia manifestação do Conselho Penitenciário.

Conclui-se, portanto, que o procedimento judicial, previsto nos arts. 194 a 197, da LEP, deverá ser observado para a concessão do livramento condicional. Há farta jurisprudência dos tribunais, descartando a viabilidade da concessão do benefício por meio de *habeas corpus*¹⁴⁵. Da mesma forma, a revogação do benefício se submete aos preceitos que norteiam toda a execução penal¹⁴⁶.

Países como Portugal, Espanha e Argentina, adotam o livramento condicional do condenado, como etapa da execução das penas privativas de liberdade, com características próprias.

¹⁴⁵ Inadmissibilidade de *habeas corpus* para concessão do livramento condicional – STJ: “Processual penal – *Habeas corpus* – Via eleita inadequada – Prova – Exame – Impossibilidade – Crime de tortura – Liberdade condicional – Concessão – Inviabilidade. [...] A concessão de liberdade condicional exige o exame de requisitos objetivos (cumprimento de pena) e subjetivos (circunstâncias do art. 59 do CP). O exame de tais requisitos é inviável em sede de *Habeas corpus*. Precedentes. Ordem denegada” (EJSTJ 33/266) (Idem, p. 575).

¹⁴⁶ Necessidade de defesa do condenado – STJ: “A Lei de Execução Penal consagrou a jurisdicalização da pena. O condenado deixou de ser – objeto – e passou a – sujeito – da execução. Assim, o contraditório (Const., art. 5º, LV) não pode ser olvidado. Compreende tanto o processo judicial como o administrativo. A suspensão do livramento condicional antecede a condenação trãnsita em julgado. A revogação, contudo, depende de sentença firme. Em qualquer caso, porém, impõe-se o direito de defesa” (RSTJ 65/122) (Idem, p. 590).

Revogação de ofício pelo juiz do livramento condicional – STF: “O juiz pode decretar, de ofício, a revogação do livramento condicional quando descumpridas as condições impostas ao réu (arts. 727 e 730 do CPP), condicionada sua decisão à oitiva prévia do próprio réu e por nada mais. Se, nesse caso, mais gravoso para o condenado, prescinde a lei da audiência do Conselho Penitenciário, não há de desautorizar a suspensão do livramento condicional porque não precedida de parecer do Conselho. Esse entendimento se reforça na consideração de que a medida em exame é provisória” (RT 584/450) (Idem, p. 592).

O Código Penal Português regulamenta, nos arts. 61º a 64º, o instituto da liberdade condicional, condicionada ao consentimento do condenado, estipulando prazos mínimos de cumprimento de pena variáveis, de acordo com o total da pena imposta e as condições pessoais do condenado, bem como, compatibilidade da medida com a defesa da ordem e a paz social.

Assim temos que, o condenado poderá ser beneficiado com a liberdade condicional, quando cumprida metade da pena, ou o mínimo de seis meses, e se possa presumir pelas condições pessoais do condenado, que levará a vida de modo socialmente responsável e sem cometer crimes, além de haver compatibilidade da medida, com a defesa da ordem e paz social (art. 61º, 2, *a e b*). Quando cumpridos dois terços da pena, ou o mínimo de seis meses, desde que se possa presumir pelas condições pessoais do condenado, que levará a vida de modo socialmente responsável e sem cometer crimes (art. 61º, 3). Quando cumpridos dois terços da pena, e se possa presumir pelas condições pessoais do condenado, que levará a vida de modo socialmente responsável e sem cometer crimes, além de haver compatibilidade da medida com a defesa da ordem e paz social, tratando-se de condenação superior a cinco anos, pela prática de crime contra as pessoas ou de perigo comum (art. 61º, 4). Quando cumpridos cinco sextos da pena, sem prejuízo das possibilidades anteriores, tratando-se de condenação superior a seis anos (art. 61º, 5). Há que se observar, que em Portugal, existe a previsão de condenação em pena de prisão relativamente indeterminada¹⁴⁷, nesses casos, a liberdade condicional será determinada levando-se em conta o prazo mínimo de prisão a que o condenado estiver sujeito.

¹⁴⁷ O CPP não se refere de modo autónomo à execução da pena de prisão relativamente indeterminada, ao contrário do que sucedia anteriormente com o DL nº 402/82, que lhe dedicava os arts. 18º a 21º. [...] O que importa destacar no cumprimento da pena de prisão relativamente indeterminada é que o tempo de prisão que o condenado deve cumprir nunca é fixado na decisão condenatória, mas determinado já no decurso da execução, e que a libertação assume sempre o carácter de uma libertação provisória. É assim que o art. 89º, nº 2, do CP dispõe que a *libertação do delinquente condenado a pena relativamente indeterminada é sempre condicional* (SILVA, 1994, p. 382-383).

A duração da liberdade condicional será igual ao restante de pena que o condenado tenha a cumprir, não excedendo, entretanto, cinco anos (art. 61º, 6). Aos liberados condicionalmente aplicam-se algumas das condições previstas para a suspensão da execução da pena de prisão (arts. 52º, a 55º, do CP). O art. 62º prevê, ainda, as hipóteses de liberdade condicional em caso de execução sucessiva de várias penas.

O CPP regulamenta a forma de concessão da liberdade condicional, nos arts. 484º a 486º, estabelecendo a interessante medida de ordenar o envio, com antecedência de dois meses, em relação à data admissível para a concessão, ao tribunal de execução das penas, os documentos necessários à análise da viabilidade do benefício. Há previsão de manifestação do MP (art. 485º, 1), oitiva do condenado (art. 485º, 2), decisão motivada, com prazo de duração e condições do benefício (art. 485º, 3), notificação do condenado, do diretor do estabelecimento e dos serviços de reinserção social, em caso de indeferimento (art. 485º, 4, e 486º, 2).

Na Espanha, como dito anteriormente, a liberdade condicional, depende diretamente do sistema progressivo, pois somente os condenados classificados como de terceiro grau poderão obtê-la, dependendo objetivamente, ainda, do cumprimento de três quartos da pena imposta (art. 90, do CP), e subjetivamente, da boa conduta e prognóstico individualizado favorável de reinserção social. O benefício durará o tempo que falte para o cumprimento do total da pena, e será concedido mediante o compromisso de cumprimento de determinadas regras. Está regulamentado nos arts. 90 a 93, do CP, e 192 a 201, do RP. Poderá, ainda, segundo o disposto no art. 205, do RP, haver o adiantamento da liberdade condicional, mediante proposta das Juntas de Tratamento e Centros Penitenciários, mediante o cumprimento de um terço da pena pelos condenados classificados em terceiro grau, e haja prognóstico individualizado favorável de reinserção social, bem como, aproveitamento contínuo de atividades laborais, culturais e ocupacionais.

O julgamento será da competência do Juiz de Vigilância, após a formação do expediente com todas as informações necessárias, e haverá a possibilidade de apelação para o Tribunal sentenciador (art. 198, RP).

Na Argentina, há previsão de liberdade condicional, para o condenado que já tiver cumprido trinta e cinco anos, quando condenado à prisão perpétua; cumprido dois terços, se condenado a mais de três anos de prisão ou reclusão; cumprido um ano de reclusão ou oito meses de prisão, se condenado a pena três anos ou menos de prisão ou reclusão, sempre dependendo, ainda, da observância regular dos regulamentos carcerários, mediante o compromisso de cumprir uma série de obrigações previamente estipuladas (art. 13, do CP). O descumprimento das obrigações importará na revogação do benefício que terá duração até o término previsto para a pena.

A regulamentação do procedimento se encontra nos arts. 505º a 510º, do CPP, onde está previsto o procedimento modelo para os incidentes, conforme art. 491º, do CPP, que determinada, para o início, a legitimação do interessado ou seu defensor e do Ministério Fiscal, contraditório, término em cinco dias, e recurso de cassação, sem efeito suspensivo, a menos que o Tribunal conceda¹⁴⁸.

3.6 Cumprimento de pena e a expedição de alvará de soltura: procedimento

Determina o art. 109, da LEP, que cumprida ou extinta pena, o condenado será colocado em liberdade, mediante a expedição de alvará do juiz, salvo se estiver preso por

¹⁴⁸ El artículo 13 del Código Penal impone la resolución judicial para la concesión de la libertad condicional, previo informe de la dirección carcelaria. De aquí que deba ser un trámite jurisdiccional, y que lógicamente encuadre dentro del trámite incidental de la ejecución, aunque especializado en algunos aspectos (CLARÍA OLMEDO, 1998, p. 261).

outro motivo. Evidentemente, o cumprimento da pena¹⁴⁹, se relaciona ao decurso do prazo imposta na condenação, apurado mediante o cálculo de liquidação de penas, que deverá sempre ser alterado quando sobrevier qualquer alteração, que importe em mudança da data do cumprimento da pena, como por exemplo, a detração, o deferimento de remição de pena, ou a decretação da comutação da pena. Por outro lado, deverá também ser expedido alvará de soltura, quando outra causa provoque a extinção antecipada da pena. Daí se conclui que, haverá o cumprimento da pena, com a expedição do alvará de soltura pelo decurso do prazo da condenação, contando-se o dia do início e desconsiderando-se o dia do final, conforme estabelece o art. 10, do CP, ou em razão da superveniência de outra causa que provoque a extinção antecipada da reprimenda, salvo se o condenado não estiver preso por outro motivo.

As causas excepcionais de antecipação da extinção da pena, como a *abolitio criminis*, anistia, indulto, serão analisadas por ocasião do estudo dos incidentes de execução, já que por sua natureza são situações excepcionais, dotadas das características de acessoriedade e acidentalidade, próprias da questão incidental. Beneti (Idem, p. 97-98) classifica as causas de extinção da pena em razão da sua natureza, como ordinárias ou extraordinárias¹⁵⁰, colocando aquelas que ensejam incidente de execução como extraordinárias, e considerando causa ordinária o cumprimento da pena imposta.

Em Portugal, conforme estabelece o art. 480º, 1, do CPP, “os presos serão libertados por mandado do juiz, no termo do cumprimento da pena ou para o início do período de liberdade condicional”. Haverá a possibilidade de variação no dia da libertação, em casos de coincidência do dia do término da pena com sábado, domingo ou feriado, podendo-se

¹⁴⁹ O cumprimento da pena privativa de liberdade é fato ligado tão-somente ao exaurimento do tempo nela fixado, não importando, para ele, peculiaridades atinentes a comportamento prisional, a gozo de benefícios de regime, a punições recebidas ou ao que quer que seja (BENETI, 1996, p. 141).

¹⁵⁰ As causas ordinárias dividem-se de acordo com o antecedente da pena (responsabilidade penal) ou medida de segurança (irresponsabilidade penal perigosa), e: *a*) o cumprimento da pena; e *b*) o levantamento da medida de segurança. As causas extraordinárias são várias e comuns a ambas as espécies de conseqüências penais (pena e medida de segurança), registrando-se, entre essas causas, hábeis a provocar o término do processo de execução penal, as seguintes: *a*) morte do sentenciado; *b*) prescrição; *c*) anistia e indulto; *d*) retroatividade benéfica e descriminalização; *e*) anulação do título penal (Idem, p. 98).

antecipar a soltura para o dia útil anterior, ou para o dia 23 de dezembro, caso o término da pena se dê em 25 do mesmo mês, ou ainda, pode ser antecipado em dois dias, por razões de conveniência da reinserção social, competindo ao diretor do estabelecimento penal analisar a conveniência da aplicação dessas possibilidades, tudo conforme o art. 481º do CPP.

Beneti (Idem, p. 142) menciona que, também na Alemanha, adotam-se medidas especiais, de maior amplitude, inclusive, que antecedem a soltura do condenado:

A Lei de Execução Penal alemã, visando à melhor reinserção social do egresso, determina, nos §§ 15 e 16, várias providências preparatórias da soltura, estabelecendo, por exemplo, que o preso pode aguardá-la em estabelecimento ou compartimento aberto (§ 15, al. 2), pode ter férias especiais de uma semana nos três meses antecedentes da soltura (§ 15, al. 3), pode, também, receber férias especiais de até seis dias por mês nos nove meses anteriores à soltura (§ 15, al. 4). A minúcia na proteção às condições adequadas da soltura recomenda a transcrição do § 16 da StVollzG: “Par. 16. Momento da soltura (1) O preso deve no último dia do tempo de sua pena, de preferência cedo e em todo caso antes do meio-dia, ser posto em liberdade. (2) Se o dia da soltura recair em sábado ou domingo, em feriado legal, no primeiro dia depois da Páscoa ou Pentecostes, ou no período entre 22 de dezembro a 2 de janeiro, o preso pode no dia precedente a esse período ser posto em liberdade, se isso não for significativo para a duração da pena e não contrariar motivos assistenciais. (3) O momento da soltura pode ser antecipado em até dois dias, quando houver motivos urgentes para tanto, indicando que assim o preso melhor se reintegrará”.

Na Espanha, adota-se interessante forma de determinação da libertação do condenado, tendo em vista o cálculo de pena, anteriormente elaborado com base na sentença. O diretor do estabelecimento penal formulará ao tribunal sentenciador (arts. 17.3 LOGP e 24.1 RP), com dois meses de antecedência, proposta de liberação definida do condenado para o dia determinado pela liquidação da sentença, se até quinze dias antes do prazo, não houver qualquer contestação, reafirmará a proposta, que, então, somente será suspensa em caso de ordem expressa em contrário certificando-se a libertação ao Tribunal sentenciador e ao Juiz de Vigilância (art. 24.2, 24.3, 24.4, e 24.5, RP) (HINOJOSA SEGOVIA, 2002, p. 852) e (SENDRA, 1996, p. 911).

Verificado o cumprimento da pena e cumprido o alvará de soltura, o processo de execução penal deverá ser julgado extinto, por sentença¹⁵¹, decisão, em tese, apelável, entretanto, conforme já se disse à exaustão, a LEP prevê o agravo como recurso cabível em todas as etapas de execução.

Diante da impossibilidade de sujeitar o condenado ao cumprimento de sanção maior que a determinada pelo título penal, é dispensável a prévia manifestação do MP, para a declaração de extinção da pena, visto que incorre, inclusive, em crime a autoridade que retardar imotivadamente a liberdade do condenado¹⁵².

Scarance Fernandes (1999, p. 56-58) esclarece a possibilidade de equívoco, diante de declaração de extinção da pena, sem a correta observância da natureza da causa motivadora do término do processo de execução. Com efeito, difere, no que diz respeito aos efeitos, a declaração de extinção da pena pelo cumprimento, da declaração em razão de outra causa, como o indulto ou anistia, por exemplo, já que no primeiro caso, havendo erro material, no cálculo de liquidação de penas, eventual trânsito em julgado da decisão de extinção da pena, não terá o condão de tornar a decisão materialmente imutável.

Com alusão a caso concreto analisado pelo extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em que atuou na condição de Procurador de Justiça, o autor explica a distinção entre os efeitos da soltura do condenado nos casos de cumprimento da pena ou extinção da mesma. Se, no caso do cumprimento da pena, a expedição de alvará de soltura e encerramento do processo de execução é consequência lógica do decurso do prazo, sem alteração no título penal, na extinção da pena, haverá a necessidade de provimento judicial específico, como, nos casos de extinção da punibilidade pela aplicação de lei nova mais

¹⁵¹ A falta de sentença, contudo, no processo de execução penal, não pode levar jamais prejuízo ao sentenciado, que não pode sofrer as consequências desfavoráveis decorrentes do erro da máquina judiciária estatal. Daí vem o caráter implícito da extinção, diante da mera determinação de arquivamento do processo de execução penal, vista na experiência jurídica cotidiana (Idem, p. 101).

¹⁵² Comete crime a autoridade judiciária ou administrativa que prolonga a execução da pena, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade (art. 350, II, do CP, e arts. 3º, a, e 4º, a, da Lei nº 4.898, de 9-12-1965) (MIRABETE, 2004, p. 323).

benigna (art. 66, I, da LEP), concessão de anistia ou indulto (arts. 187 e 192, da LEP), esses de competência do juiz da execução, ou ainda, qualquer outra extinção da punibilidade.

Portanto a expedição de alvará de soltura, em razão do cumprimento da pena, não importa em alteração do título, mas seu exato cumprimento, enquanto que a declaração de extinção da punibilidade por outro motivo ensejará alteração do título executivo.

Disso resulta que, eventual erro na expedição de alvará de soltura, por equívoco na liquidação da pena, se beneficiar o condenado, liberando da execução da pena, antes do seu real término, não será atingido pelos efeitos da coisa julgada material, podendo ser revisto, mesmo que a destempo, sob pena de interferência indevida no conteúdo da condenação definitiva.

3.7 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena privativa de liberdade

No capítulo I, item 1.6.1, com suporte na teoria sobre os direitos fundamentais, proposta por Robert Alexy, e nos estudos sobre o procedimento no processo penal, desenvolvidos por Scarance Fernandes, afirmou-se que o procedimento, enquanto direito fundamental, enquadra-se no campo de atuação positiva do Estado, e que os procedimentos previstos para o processo penal, deverão ser dotados de meios a propiciar a liberdade e segurança dos indivíduos, e que, especificamente na execução penal, em razão da situação de sujeição do condenado, a liberdade e segurança do condenado deverão estar asseguradas de forma especial, o que somente será possível com o estrito respeito às garantias do devido processo penal.

Levando-se em conta as premissas acima mencionadas, e uma vez estabelecidas que a pena privativa de liberdade tenha por finalidade a reprovação e prevenção

do crime, prevalecendo, no que diz respeito à prevenção, os aspectos positivos, gerais e especiais, consistentes na reafirmação e valorização do ordenamento jurídico e a recuperação do delinqüente. Pode-se afirmar que a eficiência e o garantismo somente estarão presentes no procedimento previsto para a execução da pena privativa de liberdade, se houver a possibilidade de se alcançar a finalidade de pena sem o comprometimento das garantias do devido processo penal.

Portanto, o procedimento será eficiente, quando possibilitar a reinserção social do condenado, necessariamente, por meio da individualização da execução da pena, e oferecimento dos meios ideais a esta reinserção; e garantista, quando obedecer estritamente, às garantias do devido processo penal, ressaltando, sempre, a necessidade de fruição dos direitos não atingidos pela decisão condenatória.

3.8 Medida de segurança: considerações iniciais

A medida de segurança surgiu como alternativa à ineficácia da sanção penal relativamente à reincidência, paralelamente à constatação de que o caráter meramente retribucionista da sanção penal era insuficiente para a sociedade e para o próprio delinqüente. Constatou-se que, em algumas situações, devia-se agir, preventivamente, a fim de se evitar que a sociedade fosse vitimada por outras atitudes criminosas, daqueles que não eram alcançados pela sanção penal¹⁵³.

Inicialmente, empregada no controle de menores delinqüente, ébrios habituais e vagabundos (FERRARI, 2001, p. 16), passou a ser imputada aos criminosos que

¹⁵³ Estas medidas não são ditadas com o fim de compensação retribuidora por um fato injusto, mas, sim, para a segurança futura da comunidade frente às violações ulteriores do direito a esperar-se de parte desse autor. O fato cometido tem aqui somente valor de conhecimento e de sintoma de periculosidade comum do autor, a estabelecer-se também por outros meios. Por isso, a classe e medida das medidas de segurança não se determinam segundo a gravidade do fato, mas de acordo com a classe e periculosidade do autor (WELZEL, 2004, p. 336).

demonstravam periculosidade e pouco aproveitamento da sanção, e, portanto, deveriam ser segregados, em contrapartida, à culpabilidade, que redundava na aplicação de pena (MIRABETE, 2007, p. 376)¹⁵⁴.

A medida de segurança constitui uma providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social (FERRARI, 2001, p. 15).

Quanto mais se distanciava da idéia de sanção penal como forma de retribuir o mal causado, vingando-se do criminoso, maior era a necessidade de olhar para o ser humano que infringe a lei, a fim de encontrar o meio adequado de sancioná-lo conforme os anseios da sociedade, e os índices de reincidência, obviamente, se moldavam em importante termômetro, capaz de indicar a eficácia da sanção aplicada. Mas isso não era suficiente, necessário também prevenir os acontecimentos criminosos futuros, na medida em que fossem previsíveis, diante da apuração da periculosidade do criminoso, aí surge o espaço para a afirmação da medida de segurança.

3.8.1 Finalidade e justificativa da medida de segurança

Como afirmado no item anterior, a medida de segurança inicialmente surgiu como maneira de inocuizar os incorrigíveis, que não se mostravam passíveis de recuperação pela aplicação da sanção penal. Daí possível afirmar-se, que, inicialmente a medida de segurança surgiu com a finalidade de prevenção pela segregação, sem mostrar qualquer caráter de retribuição ao mal praticado, e tampouco, expectativa em relação à recuperação do delinqüente em razão da medida imposta (FERRARI, 2001, p. 60).

¹⁵⁴ A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal e, embora mantenha semelhança com a pena, diminuindo um bem jurídico, visa precipuamente à prevenção, no sentido de preservar a sociedade da ação de delinqüentes temíveis e de recuperá-los com tratamento curativo (MIRABETE, 2007, p. 375).

Entretanto, as idéias iluministas e humanitárias atingiram o Direito Penal como um todo, não ficando a medida de segurança livre das suas influências, não havia espaço na sociedade, fosse qualquer a situação suscitada, para tratar o ser humano como objeto, mesmo aquele considerado incorrigível e perigoso, autor dos mais violentos atos, deveria ser submetido a sanções que visassem, antes de qualquer outro fim, ao seu melhoramento como ser humano¹⁵⁵.

No âmbito das medidas de segurança criminais, o propósito socializador deve sempre que possível prevalecer sobre a intenção de segurança, orientando-se pelos princípios da sociabilidade e da humanidade. O alicerce que norteia a aplicação da medida de segurança constitui o fim de tratamento-ressocializador, admitindo, excepcionalmente, e de forma subsidiária, o fim da segregação. Denota-se, assim, que, dentre as finalidades preventivas especiais, existe preferência pela positiva em detrimento da negativa (FERRARI, 2001, p. 61).

No que diz respeito à prevenção geral negativa é inegável que, sendo a incapacidade de discernimento ou determinação, pressuposto da aplicação da medida de segurança, não há que se falar em intimidação do delinqüente pela ameaça de aplicação da medida.

Contudo, o resultado não é mesmo, em se tratando da prevenção geral positiva. Já que a presença e validade do ordenamento jurídico, representada, no caso, pelo cometimento de um fato tipificado em lei como criminoso, é anseio da sociedade, mesmo em se tratando de delinqüente incapaz de suportar o ônus da conduta contrária à lei¹⁵⁶.

Sem as mesmas controvérsias relativas à sanção penal, genericamente considerada, a medida de segurança tem por finalidade primordial o tratamento curativo do

¹⁵⁵ Todas as medidas de segurança encontram seu limite na imposição do respeito pela personalidade individual, sobre a qual se estrutura nossa cultura ocidental desde a época do Cristianismo: o homem nunca deve ser utilizado *meramente* como meio, nem ainda para a finalidade do Estado, e, portanto, nunca *meramente* como coisa, mas sempre *também* como pessoa e próprio fim (Kant). A morte, quando não está fixada como merecida por uma culpabilidade moral (pena de morte), nunca é admissível como mera reflexão de conveniência e utilidade. É inadmissível a morte de enfermos mentais ou delinqüentes consuetudinários perigosos, somente por razão de uma segurança “conveniente” (WELZEL, 2004, p. 337).

¹⁵⁶ Na medida de segurança criminal, inquestionável a presença da expectativa comunitária ou da revalidação do ordenamento jurídico. A gravidade da natureza do ilícito-típico constitui um dos parâmetros para a aplicação da medida terapêutico-penal (Idem, p. 62).

delinqüente inimputável, e em casos excepcionais, a segregação, e ainda, a finalidade secundária de se conferir a reafirmação da validade do ordenamento jurídico vigente. Resultando disso, a possibilidade de se afirmar a presença da finalidade preventiva especial positiva, que se sobrepõe à negativa, e, ainda, à preventiva geral positiva (Idem, p. 65).

Se o art. 59 do CP, evidencia a finalidade retributiva e preventiva da aplicação da sanção penal, o parágrafo primeiro do art. 97, esclarece a finalidade preventiva da medida de segurança, na medida em que indica a duração por prazo indeterminado, inicialmente, condicionando, porém, sua cessação ao desaparecimento da periculosidade. Evidente, portanto, que o que se busca com a aplicação da medida de segurança, é o tratamento curativo do autor do delinqüente.

3.9 Execução da medida de segurança: procedimento

Dispõe o art. 171, da LEP, que “transitada em julgado a sentença que aplicar a medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução”, sem a qual a medida de segurança não poderá ser executada (art. 172, da LEP). Como se sabe, após a simplificação da reforma penal de 1984, a medida de segurança pode importar em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico¹⁵⁷ ou tratamento ambulatorial (art. 96, do CP).

¹⁵⁷ Como o Estado só pode exigir o cumprimento da medida de segurança de internação (detentiva) se estiver aparelhado para tanto, tem-se entendido que a falta de vaga, pela desorganização, omissão ou imprevidência do Estado-Administração, não justifica o recolhimento na Cadeia Pública, lesando-se, assim, direito individual. Nessa hipótese, como na de inexistência do hospital de custódia, o internado deve ser destinado a outro instituto ou sanatório que, além do tratamento adequado, possa assegurar a custódia por parte da Administração Pública. [...] Inadmissibilidade de cumprimento em reclusão: falta e vaga em estabelecimento adequado – STJ: “Medida de segurança – Inimputabilidade penal – Doente mental recolhido em prisão comum – Inadmissibilidade – Condenado que não pode ser penalizado pela insuficiência de vagas – Hipótese em que é do Estado a responsabilidade pela manutenção de estabelecimentos adequados. (...) Sendo aplicada ao paciente a medida de segurança de internação, constitui constrangimento ilegal sua manutenção em prisão comum, ainda que o motivo seja a alegada inexistência de vaga para o cumprimento da medida aplicada. A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas” (RT 814/529) (MIRABETE, 2004, p. 748-749).

A guia de internação ou tratamento ambulatorial deverá conter: a qualificação do agente e registro no órgão de identificação competente; o teor da denúncia e da sentença que impôs a medida, com a certificação do trânsito em julgado; a data do término do prazo mínimo da medida de segurança imposta; outras peças do processo que sejam importantes ao adequando internamento ou tratamento. Após a expedição, será dada vista ao MP¹⁵⁸, e a guia será retificada, sempre que o prazo de internação for modificado (art. 173, da LEP).

Atualmente, questiona-se a indeterminação do prazo da medida de segurança¹⁵⁹, sob o argumento de que a indeterminação ofende a princípios de Direito Material¹⁶⁰, devendo-se vincular a duração da medida de segurança ao prazo de pena privativa de liberdade correspondente, com duas vertentes diversas, a saber, “a medida de segurança não pode ser superior ao máximo do tempo da pena privativa de liberdade; a medida de segurança não pode superar a pena mínima ou a pena concretizada ou concretizável na sentença” (SCARANCA FERNANDES, 1999, p. 51).

A condição de inimputável ou semi-imputável, que necessita de especial tratamento curativo, não lhe retira a condição de sujeito de direito do processo de execução, restando-lhe resguardados, todos dos direitos do condenado imputável.

¹⁵⁸ Cabendo ao Ministério Público a fiscalização de toda execução penal, a este deve ser dada obrigatoriamente vista da guia de internamento e tratamento, inclusive das eventuais retificações. Cabe-lhe requerer nos autos a alteração do documento em caso de qualquer irregularidade material ou formal para ajustá-lo aos termos da sentença, promovendo eventualmente o procedimento judicial próprio ou suscitando o incidente de excesso ou desvio da execução (Idem, p. 754).

¹⁵⁹ Tendo em vista que a medida de segurança possui apenas o prazo mínimo de um a três anos estabelecido na sentença, seu prazo máximo é indeterminado, devendo ser regulado pela cessação da periculosidade (NUCCI, 2007, p. 983).

¹⁶⁰ Há uma nítida tendência na doutrina, com oportunos reflexos também na jurisprudência, de submeter as medidas de segurança aos princípios constitucionais do Direito Penal, do que decorrem importantes conseqüências, notadamente no que se refere à vedação de sua perpetuidade, havendo mesmo quem sustente que se trata de condenação em sentido amplo (MARTINS, 1998, p. 364).

STF – Habeas Corpus - Medida de Segurança – Projeção no tempo – Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período de trinta anos. Habeas Corpus deferido em parte, 16.08.2005, Rel. Min. Marco Aurélio, HC 84.219, DJU 23.09.2005.

Em termos estritamente processuais, não se distinguem as posições jurídicas do condenado preso ou do interno sujeito a medida de segurança e a dos demais condenados a penas não privativas de liberdade ou destinatários de outras medidas de segurança. Não há razão sistemática para tal distinção, que a Lei de Execução Penal não realiza, nenhum texto de processo penal determina e, de resto, repugnaria à isonomia constitucional. Há, naturalmente, maior preocupação legal com os direitos do condenado preso e, a seguir com os direitos do sujeito a internação por medida de segurança (BENETI, 1996, p. 72-73).

Ao agente submetido à medida de segurança impõe-se, naquilo que couber, a necessidade de elaboração de exame de personalidade e criminológico (art. 174, da LEP), considerando-se obrigatórios ao agente submetido à internação (MIRABETE, 2004, p. 755).

Conforme se disse, a medida de segurança terá um prazo mínimo determinado, que constará da guia de execução, ao final desse prazo será verificada a ocorrência da cessação da periculosidade, pelo exame das condições pessoais do agente, mediante análise de minucioso relatório, instruído com laudo psiquiátrico, enviado ao juiz pela autoridade administrativa, até um mês antes do prazo mínimo determinado para a medida, a fim de que o juiz verifique sobre a permanência ou revogação da medida (art. 175, da LEP).

Os incisos III, IV, V e VI, do art. 175, indicam procedimento semelhante ao previsto nos arts. 194 a 196, da LEP, para a decisão final sobre a permanência ou não da medida, com a expressa menção à participação do defensor ou curador¹⁶¹, demonstrando a total submissão da execução da medida de segurança aos postulados jurisdicionais da execução penal em geral. Realizado o procedimento, o juiz decidirá, fundamentadamente, pela cessação da periculosidade, e conseqüente desinternação ou liberação do agente, ou pela

¹⁶¹ Tratando-se de internado semi-imputável, o juiz nomeará defensor, se não o tiver. Na hipótese de inimputável deve ser nomeado curador. O defensor exerce o mandato, praticando todos os atos inerentes à defesa do internado, enquanto o curador tem por função assistir quem se encontra em condições de inferioridade em relação aos órgãos técnicos da acusação. Ambos devem, porém, zelar pelos interesses do agente submetido ao internamento ou tratamento ambulatorial. A presença e atuação de um e de outro, na relação jurídica processual, a par de evidenciar a necessidade de proteção do réu o do agente contra quem impôs medida de segurança, pela condição de hipossuficiente, representa, também, garantia de plenitude da igualdade das partes e segurança da observância do princípio do contraditório (Idem, p. 760).

continuidade da execução da medida de segurança, situação em que novo exame será realizado após um ano (art. 97, § 2º, do CP).

Há, entretanto, legitimidade¹⁶² para o MP, interessado, seu procurador ou defensor, requerer, fundamentadamente, a qualquer tempo, mesmo antes de decorrido o prazo mínimo da medida de segurança, a ordenação de realização de exame para verificação da cessação da periculosidade (art. 176, da LEP). Portanto, o prazo mínimo não impede, quando verificados motivos justificadores, a antecipação do exame de verificação da cessação da periculosidade. Afinal, “a medida de segurança, diversamente da pena, não tem o caráter retributivo, razão pela qual sua finalidade principal é de promover a recuperação do doente ou perturbado mental” (NUCCI, 2007, p. 983).

A desinternação ou liberação somente será efetivada após o trânsito em julgado da decisão que a determinar, sendo conferido, por exceção, efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão (art. 179, da LEP).

Segundo o disposto no § 3º, do art.97, do CP, a desinternação ou liberação, será sempre condicional, podendo ser reconsiderada no prazo de um ano, em caso da prática de fato indicativo de persistência da periculosidade. Estabelece-se o prazo de um ano, a contar da desinternação ou liberação, para verificação da eficácia duradoura do tratamento curativo a que foi submetido o agente, portanto, depois de decorrido esse prazo sem a prática de fato que demonstre a persistência da periculosidade, haverá a extinção da medida de segurança.

Ao desinternado ou liberado, condicionalmente serão impostas as obrigações previstas nos arts. 132 e 133, mencionadas no item 3.6, supra, conforme determina o art. 178, da LEP.

¹⁶² Prevendo a lei requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, não pode o juiz da execução, em regra, determinar, *de ofício*, a antecipação do exame. É possível, porém, que se torne indispensável o exame para que o juiz decida pela execução da pena ou da medida de segurança, permitindo-se assim a iniciativa do magistrado (Idem, p. 761).

Na Alemanha, onde o § 61, do CP, prevê uma série de medidas de segurança, consistentes em: *internamiento en una residencia psiquiátrica; internamiento en un establecimiento de desintoxicación; internamiento en un establecimiento de seguridad; vigilancia orientadora; retirada del permiso de conducir; prohibición de ejercer un oficio* (ENCINAS, 2000, p. 44). As normas previstas para a execução das penas privativas de liberdade são, analogicamente, aplicadas às medidas de segurança, segundo o disposto no § 463 do CPP¹⁶³ (ROXIN, 2000, p. 504).

Em Portugal, o CPP, nos arts. 501º a 508º, regulamenta a execução das medidas de segurança, que possuem execução com características semelhantes à brasileira, e que consistem em internação de inimputáveis (art. 91º, do CP) e interdição de profissões (art. 97º, do CP). Porém, existem outras medidas previstas em legislação esparsa, como o Decreto-Lei nº 28, de 20 de janeiro de 1984 (SILVA, 1994, p. 403). A própria decisão que decretar a internação deverá, se for o caso, indicar a duração máxima e mínima (art. 501º, 1); o início e a cessação da medida de segurança serão determinadas por mandado do tribunal competente (art. 501º, 2).

A reavaliação do internado¹⁶⁴ deve ocorrer anualmente e sempre que as condições justificarem (art. 503º, 2), mediante a análise de relatórios de avaliação periódica, elaborados para este fim, pela instituição onde se acha o agente (art. 503º, 1). Existe o instituto da libertação a *título de ensaio*, onde o agente fica submetido à vigilância pelos serviços de reinserção social, e pode ser concedida após o cumprimento, após o decurso dos prazos mínimos de internação, havendo razões para presumir que houve a cessação da

¹⁶³ § 463 [Ejecución de medidas de seguridad] (1) Las disposiciones sobre la ejecución penal se aplican por analogía para la ejecución de medidas de seguridad, em tanto que no se haya determinado outra cosa (Idem, p. 396).

¹⁶⁴ A revisão obrigatória da situação do internado tem lugar com audição do Ministério Público, do defensor e do internado, só podendo a presença do internado ser dispensada se o seu estado de saúde tornar a audição inútil ou inviável (Idem, p. 405).

periculosidade (art. 94º, 1 e 2, do CP) (Idem, p. 405), assemelhando-se ao período de prova que sucede a desinternação ou liberação condicional, do Direito Pátrio.

O Código Penal Espanhol de 1995, prevê no art. 96, medidas de segurança, consistentes em privação da liberdade: *internamiento en centro psiquiátrico; internamiento en centro de deshabitación; internamiento en centro educativo especial*, não consistentes em privação de liberdade: *prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; privación de licencia o del permiso de armas; inhabilitación profesional; expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España*.

Além dessas, há, ainda, a previsão no art. 105, de outras, que poderão ser impostas por tempo não superior a cinco anos, consistentes em: *sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario; obligación de residir en un lugar determinado; prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, en este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan; prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas; custodia familiar; sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares*.

A cessação e eventuais conversões da medida imposta, somente serão possíveis por decisão do Tribunal, mediante procedimento contraditório proposto pelo Juiz de Vigilância Penitenciária. Ao menos, anualmente, o Juiz de Vigilância deverá enviar ao Tribunal proposta de manutenção, cessação, substituição ou suspensão da medida imposta (art. 97, do CP). A proposta mencionada será baseada nos informes obtidos por intermédio dos responsáveis pela medida de segurança (art. 98, do CP).

Segundo ao art. 101, do CP, a medida de internação não poderá exceder ao tempo que duraria a pena privativa de liberdade prevista para o caso do sujeito ser

considerado penalmente capaz. É de se registrar que o art. 990, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, prevê a execução das penas na forma e tempo previstos no Código Penal e nos regulamentos.

Na Argentina, há previsão de “internación manicomial o especial con fines curativos, alojamiento de menores en establecimientos correctivos o su libertad vigiada, y la llamada reclusión indeterminada para condenados reincidentes o reiterantes” (CLARÍA OLMEDO, 1998, p. 264). Como se vê, incluem-se nas medidas de segurança, aquelas adotadas para reincidentes e tratamento dos menores infratores, além dos inimputáveis.

A execução da medida de segurança, regulamentada nos arts. 511º a 514º, do CPP, não apresenta diferenças fundamentais em relação à execução da medida de segurança entre nós. Serão judicialmente fixados os prazos para que o responsável pela tutela remeta as informações necessárias acerca do estado do agente, a fim de que se verifique a cessação da periculosidade (art. 512º, do CPP); a declaração de cessação da medida de segurança deverá, necessariamente, ser precedida de oitiva do agente, ou curador, e do Ministério Público (art. 514º, do CPP).

Aplica-se o instituto da liberdade vigiada, previsto no art. 53º do CP, submetido a condições específicas como, prova de boa conduta, aptidão e hábito de trabalho, e presunção de cessação da periculosidade, que deve ser provada por meio de incidente, aos submetidos à *reclusión indeterminada*. Entretanto, tal medida é aplicada aos reincidentes, embora seja considerada medida de segurança, não atinge a inimputáveis (Idem, p. 265).

3.10 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da medida de segurança

A eficiência e o garantismo, no procedimento de execução da medida de segurança, dependerão, basicamente, dos mesmos pressupostos estabelecidos para o procedimento de execução da pena privativa de liberdade.

Relembrando que requisito primordial da imposição da medida de segurança será a necessidade de submeter o agente criminoso a tratamento curativo. Será considerado eficiente o procedimento de execução da medida que possibilite o adequado proveito do tratamento indicado, e garantista, aquele que respeitar às garantias do devido processo penal, adequando-se, no que for necessário, à situação específica do agente, ante sua incapacidade de discernimento ou determinação.

IV. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE MULTA: PROCEDIMENTO

4.1 Penas restritivas de direitos: considerações iniciais

De acordo com o que se afirmou no capítulo anterior, a privação da liberdade, deixou de ser utilizada como meio de custódia, passando a sanção penal, em razão da influência dos princípios humanistas do século XVIII, além de várias outras causas. Transformar a sanção penal em meio de prevenção, diante da flagrante ineficácia da pena capital, foi a principal justificativa para a difusão e aperfeiçoamento da prisão-pena, por meio dos sistemas e regimes idealizados ao longo do tempo.

A crença na descoberta da solução para o problema da delinquência, mormente da reincidência, não demorou a se abalar¹⁶⁵, os resultados negativos da prisão-pena enquanto meio de tratamento e recuperação do delinquente levaram à necessária busca de alternativas outras.

Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável (MIRABETE, 2007, p. 271).

Fala-se em reservar a privação da liberdade para os casos de criminalidade grave e reincidência, onde há “reconhecida necessidade” (Idem, p. 271), o que se traduz, na verdade, em falta de alternativas concretas. Pois se aos crimes menos graves e delinquentes que, em tese, não apresentam risco à sociedade se adequam as penas denominadas

¹⁶⁵ Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional (BITENCOURT, 2001, p. 154).

alternativas, aos criminosos violentos e reincidentes, mesmo reconhecendo-se a ineficácia da pena privativa de liberdade, não se encontrou alternativa viável, resultando a segregação, enquadrada no caráter de prevenção especial negativo (Capítulo III, item 3.1.1), como justificativa à pena privativa de liberdade. Ressaltando-se que na idealização inicial a recuperação do delinqüente, enquadrada no caráter de prevenção especial positivo, teria preferência em relação à segregação, que devia ser reservada aos casos de criminosos incorrigíveis.

Bitencourt (2001, p. 292) menciona a denominação *presos residuais*, destinada aos delinqüentes que devem continuar sendo submetidos à privação de liberdade, afirmando a convicção de que a não ser nesses casos, a pena privativa de liberdade será sempre injusta, portanto, aquilo que se traduzia em regra, deve, agora, ser visto como exceção.

A idéia de tratamento do condenado por meio do cumprimento de pena através de um sistema progressivo baseado no aproveitamento de cada uma das etapas, proporcionando a recuperação e reinserção social paulatina, realmente não se coaduna com privação de liberdade de curta ou curtíssima duração, ante a impossibilidade de realização das etapas previamente estabelecidas¹⁶⁶. No mais, crimes leves, não violentos, praticados por pessoas não contumazes na delinqüência, não devem conduzir à privação da liberdade¹⁶⁷.

¹⁶⁶ A preocupação com as penas privativas de liberdade de curta duração tem envolvido, já faz algum tempo, penalistas e criminólogos. Curta para atender à finalidade repersonalizadora, ela é suficientemente longa para conduzir o criminoso primário, pelo contato pernicioso com outros delinqüentes, ao mau caminho, de forma a tornar mais problemática a sua ressocialização futura. Arrancado de seu trabalho e do seio de sua família, do convívio saudável dos bons amigos, rompe-se, muitas vezes, o derradeiro freio inibitório que ainda o mantém como pessoa útil à sociedade. Após o cumprimento de uma pena privativa de curta duração, no cárcere, exibirá ele o estigma de ex-presidiário que dificultará o seu acesso a empregos. Muitas vezes, também perderá a esposa pelo caminho da separação, do adultério e do divórcio, e, a partir de então, suas chances de retorno à prisão estarão geometricamente aumentadas. Daí advertir Claus Roxin “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir delitos, os promove” (PIERANGELI, 1999, p. 238).

¹⁶⁷ É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, “mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram injustas, hoje o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII” (Idem, p. 293).

Observando-se que o estudo dos efeitos deletérios da prisão, se distancia do objetivo aqui proposto.

Bitencourt (Idem, p. 157) adverte que a ineficácia da prisão decorre de inúmeros fatores, que podem ser analisados sob os mais variados aspectos. Sendo que ele analisou a questão da prisão, por alguns desses fatores, como o criminógeno; dos elevados índices de reincidência; dos efeitos sociológicos ocasionados pela prisão, como a influência prejudicial sobre o recluso e o significado e efeito do sistema social originado na prisão; dos efeitos psicológicos produzidos pela prisão; e do problema sexual nas prisões.

Não se pode olvidar, ainda, que ao longo do tempo, houve séria mudança no rol de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, trazendo à baila, a necessidade de punir adequadamente delinqüentes que não são pessoas totalmente desajustadas e violentas, como eram a maioria dos delinqüentes nos primórdios do Direito Penal. Portanto, as alternativas à pena privativa de liberdade, muito mais que *alternativas*, propriamente ditas, são, na verdade, necessárias diante da evolução social.

Tanto é verdade, que, atualmente, as penas restritivas de direito, entre nós, são autônomas, e não acessórias, embora, dependam da fixação prévia da pena privativa de liberdade, aplicam-se em substituição a elas e não de forma cumulativa (PRADO, 1998. p. 375)¹⁶⁸. Além disso, as penas alternativas são estabelecidas na parte geral do Código Penal, e não apenas em relação a alguns delitos previstos na parte especial (MIRABETE, 2007, p. 271), impossibilitando-se, assim, o problema do casuísmo, ou seja, possibilitando a aplicação em todos os crimes, desde que, presentes os pressupostos para tanto (BITENCOURT, 2001, p. 301-302).

¹⁶⁸ Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação de liberdade há um variado repertório de medidas, sendo que algumas representam somente um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão de exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída (BITENCOURT, 2001, p. 295).

Mirabete (2004, p. 601) expõe, sinteticamente, a finalidade e justificativa dos substitutivos penais para a privação da liberdade dos delinquentes:

Diante da tão decantada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos meios de ressocialização, a tendência dos legisladores, em consonância com a doutrina, é procurar substitutivos penais para tal sanção, ao menos no que se relaciona com os crimes menos graves e criminosos cujo encarceramento por curto período não é aconselhável pelos evidentes efeitos dessocializadores que decorrem do encarceramento. Atende-se assim à política de impedir a ação criminógena do cárcere nas penas privativas de liberdade de curta duração, deixando-se a prisão reservada aos autores de fatos penais de maior gravidade ou às hipóteses em que a vida pregressa do condenado a recomende.

Bitencourt (2001, p. 294) justifica as penas restritivas de direitos, como complemento às alternativas da pena de multa, suspensão condicional da pena e do livramento condicional, com a finalidade de “dar solução mais realista e humana ao grave problema da prisão, ao menos quanto às penas de curta duração”.

Pressuposto remoto das penas alternativas, a proposta de Von Liszt, de substituição das penas privativas de liberdade de curta duração por outra medida adequada. Além disso, uma das primeiras penas alternativas foi a *prestação de serviços à comunidade*, prevista nos arts. 20 e 30, do Código Penal soviético, de 1926, posteriormente, em 1960, foi criada a pena de *trabalhos correcionais, sem privação de liberdade*. Citam-se, ainda, como pioneiras, a introdução da *prisão de fim de semana*, em 1948 na Inglaterra, e em 1953, para menores infratores, na Alemanha; *o arresto de fim de semana*, em 1963 na Bélgica; a forma de *execução fracionada* da pena privativa de liberdade, em 1967 no Principado de Mônaco (Idem, 2001, p. 296).

Mirabete (2007, p. 271) apresenta legislações modernas, mencionando os institutos da *substituição por multa das penas até seis meses e admoestação e repressão judiciais*, na Alemanha; *trabalho em favor de uma causa de interesse comum*, na Inglaterra; *prisão de fim de semana*, na Bélgica; *interdições do exercício de cargo público ou de profissão e de licença de dirigir veículos e exílio local*, na Hungria; *limitação de liberdade*

com trabalho corretivo, na Polônia; *substituição por multa, prisão por dias livres, admoestação, prestação de trabalho em favor da comunidade*, em Portugal; *prisão de fim de semana, substituição por multa e penas privativas de direitos*, na Espanha; os já mencionados *trabalhos correccionais, sem privação de liberdade*, na URSS.

No que diz respeito ao trabalho em favor da comunidade, o *Community Service Order*, instituído na Inglaterra em 1972, por meio do *Criminal Justice Act*, reformado em 1982, é visto como o mais bem-sucedido sistema. Influenciador da adoção do instituto em diversos países como, Austrália, em 1972, Luxemburgo, em 1976, Canadá, em 1977, Dinamarca e Portugal, em 1982, França, em 1983, e Brasil, em 1984 (BITENCOURT, 2001, p. 297). A Inglaterra, a propósito, adotou caminho oposto em relação ao modelo norte-americano, baseado na proposta do direito penal da lei e ordem, que propicia o agravamento das leis penais, centradas no encarceramento. Havendo, portando, duas vertentes nos países integrantes da *common law* no que diz respeito às alternativas à pena privativa de liberdade (CHOUKR, 2000, p. 457)¹⁶⁹.

4.2 Atual panorama das penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos, denominação genericamente adotada às alternativas para a privação de liberdade, com exceção da pena de multa, se solidificaram mundo afora, como instrumentos adequados à punição penal de infratores de periculosidade reduzida e vida pregressa indicadora da desnecessidade de privação da liberdade. Cada ordenamento jurídico determina as medidas substitutivas da privação de liberdade de acordo com suas características próprias e peculiaridades do seu sistema penal.

¹⁶⁹ Neste sentido, o sistema penal inglês é considerado um exemplo na aplicação de penas não restritivas de liberdade, situação esta consideravelmente acentuada pela reforma de 1972 quando foi introduzido o *community service*, pena que pode ser aplicada desde que o condenado esteja de acordo com sua imposição e o delito seja passível de pena detentiva. Ao lado da aquiescência e da natureza da pena deve ser somada na efetivação de um relatório acerca da personalidade do réu e dados familiares (Idem, p. 457).

A Alemanha prevê a suspensão condicional da pena (§ 56, do StGB), é possível a suspensão incondicional das penas de até um ano, quando se pode esperar que a condenação sirva de advertência e que o condenado não voltará a delinquir. Ou ainda, a suspensão condicional das penas não excedentes a dois anos, em observação às condições especiais do fato e da personalidade do condenado, e seu esforço para a reparação do dano causado pelo delito, mediante um prazo de prova que será de no mínimo dois e no máximo de cinco anos, e cumprimento de determinadas obrigações. Livramento condicional (§§ 57 e 58, do StGB). Admoestação com reserva de pena e dispensa de pena, ao condenado a pena de até cento e oitenta dias-multa (§§ 59 e 60, do StGB). Bitencourt (2001, p. 297) menciona, ainda, a declaração de impunidade e afirma que houve pouca ousadia em relação à prescrição de medidas alternativas à privação de liberdade.

Em Portugal, há previsão de substituição da pena de curta duração, que possibilita a substituição da pena de prisão de até seis meses por multa, exceto se houver a necessidade de cumprimento de pena a fim de se evitar o cometimento de futuros crimes (art. 44º, do CP). Prisão por dias livres, que possibilita a execução em dias livres (finais de semana e feriados) da pena de prisão de até três meses, que não deva ser substituída por multa ou outra pena não privativa de liberdade (art. 45º, do CP). Regime de semidetenção, que possibilita a execução da pena de prisão de até três meses, que não deva ser substituída por multa ou outra pena não privativa de liberdade e nem cumprida em dias livres, possibilitando, assim, a critério do condenado, a continuidade de atividade profissional ou educacional, mediante saídas para este fim (art. 46º, do CP). Prestação de trabalho em favor da comunidade, que possibilita a substituição da pena de prisão não superior a um ano, pelo trabalho em favor da comunidade, para entidades públicas ou privadas (art. 58º e 59º, do CP). Admoestação, que possibilita a substituição de pena de multa não superior a cento e vinte dias, quando o agente tiver reparado o dano causado pelo crime.

Na Itália, tem-se dado preferência à adoção de medidas alternativas fora do Código Penal, entre elas estão: a prestação de um serviço social, regime de prova, regime de semi-liberdade e liberação antecipada. Com a advertência de que o regime de semi-liberdade e a liberação antecipada, são, na verdade, benefícios penitenciários, eis que dependem do encarceramento para posterior concessão, não se prestando, portanto, a evitar os efeitos deletérios da prisão. Disso, resultaram críticas da doutrina italiana, que culminaram na edição da Lei nº 663, de 1986 (Idem, p. 299).

Na Espanha, não há medidas substitutivas à pena privativa de liberdade propriamente ditas, mas sim, medidas restritivas à liberdade ou direitos, a serem aplicadas em conjunto com a privação da liberdade ou isoladamente. Como substitutivo, tem-se o arresto de fim de semana, previsto no art. 35, do CP, medida que possibilita a substituição da pena de prisão, não superior a um ano, e excepcionalmente não superior a dois, o que na verdade, a exemplo da prisão por dias livres, prevista em Portugal, nada mais é que uma pena privativa de liberdade de execução descontínua ou fracionada (SENDRA, 1996, p. 906). Há previsão de outras medidas restritivas de liberdade ou direitos, que se aplicam acessoriamente ou de forma principal. São elas a *inhabilitación absoluta*, que priva definitivamente de todas as honras, empregos e cargos públicos, mesmo que eletivos (arts. 39, *a*, 40 e 41, do CP), e pode ser aplicada como principal, em certos delitos e acessória em outros; *inhabilitación especial para empleo o cargo público*, que recai especificamente sobre um emprego ou cargo público, produzindo, inclusive, incapacidade para a obtenção de outros análogos (arts. 39, *b*, 40 e 42, do CP), e pode ser aplicada como principal, em certos delitos e acessória em outros; *suspensión de empleo o cargo público*, que priva o condenado do exercício do emprego ou cargo público, pelo período da condenação (art. 43, do CP), e pode ser aplicada como principal em certos delitos e acessória em outros; e *trabajos en beneficio de la comunidad*, pena privativa de direitos, aplicada como substitutivo do arresto de fim de semana e de multa,

não podendo ultrapassar o período de um ano (arts. 39, g, 88.2 e 53.2, respectivamente, do CP) (Idem, p. 915-920) e (HINOJOSA SEGOVIA, 2002, p. 842-743).

A Argentina segue o sistema espanhol, além das penas de reclusão, prisão e multa, há a inabilitação (art. 5º, do CP), a inabilitação divide-se em absoluta e especial. A inabilitação absoluta importa em privação de emprego ou cargo público, mesmo que proveniente de eleição popular; privação de direitos eleitorais; incapacidade para obtenção de cargos, empregos ou comissões públicas; e suspensão do gozo de aposentadoria ou pensão, civil ou militar, com garantia de recebimento parcial por dependentes que façam jus (art. 19º, do CP). A inabilitação especial importa em privação temporária de emprego, cargo ou profissão e incapacidade para obtenção de outro do mesmo gênero, e incapacidade para o exercício dos direitos eleitorais pelo tempo que durar a condenação (art. 20º, do CP). A inabilitação pode ser aplicada de forma independente ou em conjunto, ou seja, de forma principal ou acessória; em regra é aplicada como pena principal, do que se conclui que, quando acessória, deve ser declarada expressamente como tal (CLARIÁ OLMEDO, 1998, p. 259).

No Brasil, a reforma penal de 1984, introduziu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do CP, consistentes em prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana, e até mesmo por pena de multa. Posteriormente, a Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, acrescentou ao rol, as penas de prestação pecuniária, que já era prevista pela Lei de Crimes Ambientais, de número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e perda de bens e valores, e acrescentou a possibilidade da prestação de serviços a entidades públicas, além da já prevista prestação de serviços à comunidade, e por fim, acrescentou a pena de proibição de freqüentar determinados lugares, entre as penas de interdição temporária de direitos, que pode consistir, ainda, em proibição do exercício do cargo, função ou atividade

pública, bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, do CP).

Inicialmente, o projeto de reforma penal, previa a inclusão das penas de recolhimento domiciliar, admoestação verbal, e compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento durante o tempo de pena aplicada, que foram vetadas sob o argumento de não se prestarem à prevenção de nova prática delituosa pela ausência de conteúdo coercitivo, e, portanto, contrária ao interesse público (MIRABETE, 2007, p. 272).

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, no art. 28, incisos I e III, introduziu as penas de advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, na condição de penas principais aos condenados por crime relacionado ao consumo de drogas.

Merece crítica a denominação *penas restritivas de direito*, sob o argumento que, na verdade, apenas as penas que importam em restrição ou proibição de exercício do direitos (interdição temporária de direitos), merecem tal denominação, já que outras tem conteúdo patrimonial (prestação pecuniária e perda de bens e valores), e as duas restantes possuem características de penas restritivas à liberdade (prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas e limitação de fim de semana)¹⁷⁰.

4.2.1 Caráter substitutivo e características das penas restritivas de direitos no Brasil

Conforme asseverado no item anterior, as penas restritivas de direito, entre nós, têm caráter substitutivo em relação às penas privativas de liberdade, previstas na parte

¹⁷⁰ Bitencourt (2001, p. 294) apresenta essa crítica, sem, contudo, levar em consideração as alterações promovidas pela Lei nº 9.714/1998, que acrescentou as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, ao antigo rol, que continha apenas a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

especial do CP¹⁷¹. Portanto, não se aplicam acessoriamente, a exemplo do que acontece na Espanha e Argentina. Estão previstas na parte geral do CP, e podem ser aplicadas a qualquer crime, inclusive àqueles previstos em legislação extravagante, desde que preenchidos os requisitos para a substituição, e seja aplicada a pena privativa de liberdade a ser substituída.

A análise do caráter substitutivo das penas restritivas de direitos, previstas no CP, levou Choukr (2000, p. 454-456) a concluir que não podem ser consideradas penas alternativas, uma vez que são “mero desdobramento da pena privativa de liberdade”, imaginada como ideal para o delito que pretende reprimir, onde a aplicação decorre de um procedimento mecanizado, fruto da idéia retributiva da sanção penal, ao passo que a pena alternativa, propriamente dita, decorre de “uma alternativa ao paradigma tradicional, buscando encontrar na pena, algo substancialmente diverso em seus fins e critérios de operacionalização”. Consistindo, então, em “uma tomada – não raras vezes corajosa – de postura em face do sistema penal globalmente considerado, passando pela própria dimensão do aparelho repressivo, seus fins e modos de execução”. Ao final, afirma o autor, que a substituição procura a legitimação do sistema penal, onde a privação da liberdade é vista como ilusório meio de “expição dos males de um corpo social ‘doente’”, enquanto que, pela alternativa à pena busca à alteração desse paradigma, que exige novos conceitos em relação à regulação da sociedade.

Exemplo dessa tomada de *postura corajosa* é a inovação contida na Lei 11.343 de 2006, que retirou completamente a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o crime previsto no art. 28, que consiste em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou ainda, semear, cultivar ou colher para consumo

¹⁷¹ Mais uma vez é necessário frisar a distinção entre substitutividade e alternatividade. Sendo a substituição um sucedâneo à pena privativa de liberdade imposta, o Direito Penal pátrio conheceu significativos avanços com a reforma da parte geral do Código em 1984, ocasião em que as penas restritivas de direito (arts. 54 e 57) vieram a substituir a pena encarceradora em larga escala (CHOUKR, 2000, p. 458).

próprio, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Com efeito, as penas cominadas consistem em advertência sobre o efeito das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, com a possibilidade de aplicação de admoestação verbal ou multa, para garantir o cumprimento dessas medidas.

A substituição da pena privativa de liberdade, por uma restritiva de direitos, está regulada pelo disposto no art. 44, do CP, que estabelece a possibilidade nos casos de aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, ou qualquer quantidade de pena aplicada, quando o crime for culposo; e o réu não seja reincidente em crime doloso¹⁷²; além da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime, indicarem a suficiência da substituição¹⁷³.

Realmente, não há que se falar em direito subjetivo do condenado, a menos que haja o reconhecimento da existência das condições legais, situação em que o sentenciante não poderá deixar de operar a substituição, neste sentido inclusive já decidiram o STF e STJ¹⁷⁴.

¹⁷² Não há obstáculo, também, em princípio, para que seja efetuada a substituição no caso de ter o réu condenações anteriores desde que estas tenham transitado em julgado após o cometimento do crime pelo qual está sendo julgado, ou se já houver decorrido o prazo de cinco anos mencionado no art. 64, inciso I, do Código Penal, quando praticar o novo delito (MIRABETE, 2004, p. 604).

¹⁷³ É indispensável também que a “substituição seja eficiente”, como esclarece o art. 44, III, do Código Penal, ou seja, que se verifique se preenchidas as características de reprovação e prevenção do crime exigidas da pena. [...] A substituição da pena não é um direito do sentenciado, podendo indicar-se ao juiz, pela aferição dos elementos de que dispõe, a necessidade de aplicação da pena privativa de liberdade que, atentando para a exigência de prevenção, do mesmo modo possibilitará ao condenado o auxílio e assistência previstos para os presos e albergados. Além de “cabível”, o juiz deve atender, na fixação da pena, ao que é “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (art. 59 do CP), indicando-se assim que a substituição é apenas uma faculdade de aplicação e não um direito subjetivo do condenado (Idem, p. 604).

¹⁷⁴ STF: “Pena – Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa – Presença das condições legais – Admissibilidade – Hipótese em que não se trata de faculdade do juiz, mas sim de um poder-dever. (...) Presentes as condições que a propiciem, a substituição da pena privativa de liberdade - *ultima ratio* da repressão penal contemporânea – pela pena de multa ou de restrição de direitos não é livre faculdade do juiz – que jamais a tem -, mas poder-dever, a ser exercido conforme diretrizes da ordem jurídica e por decisão fundamentada” (RT 805/522). STJ: “Torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis do art. 59, bem como as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c o seu parágrafo único, todos do CP, caracterizando direito subjetivo do réu” (RSTJ 92/388) (Idem, p. 604).

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa o limite mencionado, de quatro anos (com exceção dos crimes culposos). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado e, ilícitos dolosos, a substituição deve ser feita por uma só pena restritiva de direito ou multa, mas, no caso de concurso material, a substituição poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas (quando os crimes forem idênticos), ou mesmo por penas substitutivas diversas (se não o forem). Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (art. 69, § 2º). Quando, porém, tiver sido aplicada pena privativa de liberdade sem a concessão do *sursis*, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição (art. 69, § 1º) (MIRABETE, 2007, p. 283).

Antes da vigência da Lei 11.464, de 2007, que possibilitou a aplicação do sistema progressivo de cumprimento de penas aos crimes hediondos ou equiparados, questionava-se a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, principalmente nos casos de condenação por tráfico ilícito de substância entorpecente. Porém, a nova Lei de Tóxicos, previu expressamente a proibição, arts. 33, § 4º e 44, embora, referindo-se, equivocadamente, em conversão e não em substituição, por isso, mesmo ante a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de penas, nos casos relacionados às drogas não há que se falar em substituição. No mais, cai por terra a alegação de que aos crimes hediondos, que devem ter suas penas cumpridas integralmente em regime fechado, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Houve intensa discussão acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, aplicada ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por restritivas de direitos, em razão de que o crime é cometido sem emprego de violência ou grave ameaça e é cominada pena inferior a quatro anos¹⁷⁵. Tendo prevalecido o entendimento jurisprudencial, no STJ e STF, de impossibilidade da substituição pela especialidade da lei dos crimes hediondos, pelo necessário cumprimento integral em regime fechado da pena, pela necessidade de maior proteção social em face desse crime (MIRABETE, 2004, p. 605-606).

¹⁷⁵ Atualmente, o art. 33, da Lei nº 11.343, de 2006, comina pena mínima de cinco anos de reclusão, para o crime de tráfico ilícito de drogas.

Os parágrafos do art. 44, do CP, estabelecem, ainda, outras condições a serem obedecidas. O parágrafo segundo, já que o primeiro foi vetado, determina que condenação igual ou inferior a um ano, poderá ser substituída por pena de multa ou uma pena restritiva de direitos; e se a condenação for superior a um ano, poderá ser substituída por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direito. O parágrafo terceiro estabelece a possibilidade de substituição da pena para o condenado reincidente, desde que, não específico, e a medida seja socialmente recomendada, a reincidência poderá dizer respeito a crimes culposos, ou doloso e culposo, já que é vedada a substituição para os reincidentes em crimes dolosos. O parágrafo quarto estabelece a possibilidade de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, ocorrendo o descumprimento injustificado da restrição imposta, com a dedução do tempo de pena restritiva, efetivamente cumprido, resguardando-se o saldo mínimo de trinta dias, de reclusão ou detenção. Por fim, o parágrafo quinto, possibilita a continuidade do cumprimento da pena restritiva de direito substituta da privativa de liberdade, a critério do juiz da execução, quando condenação nova não tornar impossível o seu cumprimento.

A pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, no valor de um a trezentos e sessenta salários mínimos vigentes no país, à vítima, seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, podendo ser deduzido do valor de eventual condenação a reparação de danos, caso o pagamento seja destinado ao beneficiário da reparação devida, com possibilidade de prestação de outra natureza, desde que, aceite o beneficiário, conforme estabelecem os parágrafos primeiro e segundo do art. 45, do CP.

O parágrafo terceiro, do mesmo artigo, trata da perda de bens e valores, estabelecendo como teto máximo, o maior valor entre o montante do prejuízo causado e o

provento obtido em consequência do crime, e determinando que será convertida em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo o estipulado em legislação especial.

A pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, aplicável em substituição às condenações a penas privativas superiores a seis meses, consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, e dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, ou estabelecimentos congêneres, programas comunitários ou estatais. As tarefas deverão ser atribuídas de acordo com a aptidão do condenado, e deverão ser cumpridas à razão de um dia de trabalho por um dia de pena, de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho, podendo ser cumprida em menor tempo que a pena privativa de liberdade, caso seja superior a um ano, não podendo, entretanto, perdurar por período inferior à metade da pena privativa fixada, conforme estabelece o artigo 46, do CP, e seus parágrafos.

As penas consistentes em interdição temporária de direitos apresentam sua consistência no próprio enunciado, e são elas: proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; pena de proibição de freqüentar determinados lugares, previstas no art. 47, do CP.

Por fim, a limitação de fim de semana, consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos em casa do albergado ou estabelecimento adequado, por um período mínimo de cinco horas diárias, onde poderão ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas, conforme o art. 48, do CP, e seu único parágrafo.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, no art. 28, incisos I e III, introduziu as penas de advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, na condição de penas principais aos condenados por crime relacionado ao consumo de drogas. Além de estabelecer, no inciso II, a prestação de serviços

à comunidade, a ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. Estabelecendo, ainda, no parágrafo sexto, a possibilidade de admoestação verbal ou multa, para garantia de cumprimentos das penas, em caso de descumprimento injustificado.

Segundo o disposto no art. 55, do CP, as penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição de direitos e limitação de fim de semana, terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída¹⁷⁶.

4.3 Penas restritivas de direitos: procedimento

A execução das penas restritivas de direitos está prevista no Capítulo II, Título V, da LEP, no qual a Seção I, trata das disposições gerais. O art. 147, da LEP, estabelece que, transitada em julgado a sentença que aplicar pena restritiva de direitos, o juiz promoverá a execução, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, requisitando, se necessário, a colaboração das entidades públicas, ou solicitando às particulares.

Estranhamente, não há menção na lei, sobre a expedição de guia para a execução, de acordo com o estabelecido para o cumprimento das penas privativas de liberdade, multa, e medida de segurança (arts. 105, 164, 171, da LEP). Entrementes, tratando a substituição, de competência do juiz da sentença, e a execução, do juiz de execução, o início dependerá de “certidão ou outro documento equivalente” que contenha a pena aplicada, com

¹⁷⁶ STF: “Pena – Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – Prestação de serviços à comunidade – Prazo da reprimenda substitutiva que deve equivar ao da substituída. (...) 1. Condenação a três meses de detenção substituída por dois anos de prestação de serviços à comunidade. A duração da pena substitutiva deve equivar à da substituída” (RT 643/362). STJ: “Pena – Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito – Multa – Prazos iguais aos previstos para as penas privativas de liberdade. (...) Às penas restritivas de direito – como a pena de multa aplicada em substituição à detenção – Aplicam-se os mesmos prazos previstos para as penas privativas de liberdade” (RT 810/581) (MIRABETE, 2004, p. 603).

todas as informações necessárias ao seu cumprimento (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 49). Mirabete (2004, p. 607) afirma caber ao legislador estadual, ou mesmo ao Poder Judiciário, a edição de determinação para a expedição de guia de execução das penas restritivas de direitos, acrescentando:

É recomendável que sejam estabelecidas as mesmas formalidades exigidas da guia de recolhimento, no que for aplicável, uma vez que os termos como da denúncia e da sentença condenatória, bem como os dados antecedentes e grau de instrução do condenado, são necessários para a individualização e o acompanhamento da execução das penas restritivas de direitos.

Beneti (1996, p. 144), ao mencionar a necessidade de expedição da guia de execução, principalmente onde o Juízo da Execução for diverso do Juízo da condenação, salienta a impropriedade de se remeter os autos do processo de conhecimento ao Juízo da Execução, porque a lei não estabelece, e também, por significar inconveniente à regularidade da documentação na unidade sentenciante, que por razões óbvias, deve manter em arquivo, os autos originais. Contrários, posicionando-se no sentido da remessa dos autos ao Juízo de Execução, a opinião de Boschi e Silva (1986, p. 52). Não se mostra razoável a remessa dos autos ao Juízo de Execução, ante a possibilidade de expedição de guia de execução com todas as informações necessárias. Lembre-se, que há em vigor, em que pese os questionamentos sobre a constitucionalidade, provimentos expedidos pelo Poder Judiciário, recomendando a expedição de guia de recolhimento provisória para execução de condenação à pena privativa de liberdade, ainda carente de trânsito em julgado para a defesa¹⁷⁷.

Se no caso de pena privativa de liberdade, a possibilidade de aguardar a o julgamento de recurso, exclusivo da defesa, preso cautelarmente, provoca calorosa discussão acerca da validade de execução provisória. Não há, no caso de penas restritivas de direitos, tal possibilidade, uma vez que, presentes os requisitos autorizadores da substituição da pena

¹⁷⁷ No item 3.3.1, do capítulo anterior, mencionou-se o Provimento 653/99 do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Resolução 19/2006, do Conselho Nacional de Justiça, ambos determinando a expedição de guia de recolhimento provisória, quando há trânsito em julgado da sentença para a acusação, além de constar menção a decisão do STJ, neste sentido.

privativa de liberdade, certamente será o caso de conferir ao condenado, o direito de apelar em liberdade, mesmo caso tenha aguardado preso o julgamento da causa em primeira instância. Afinal não há o menor sentido, em manter preso alguém que cumprirá pena restritiva de direitos quando houver o trânsito em julgado da condenação, o raciocínio somente é válido, obviamente, para os casos em que não há recurso da acusação, quando a situação do condenado poderá ser agravada.

Tendo em vista a natureza específica das penas restritivas de direitos, pode ser necessária a requisição de colaboração de entidades públicas, que comprometidas com o bem comum, não poderão negar-se a colaborar, caso se trate de entidade privada, não há o poder de requisitar, mas sim, a possibilidade de solicitação de colaboração, quando necessária.

Qualquer circunstância relativa à pena restritiva acolhida pelo juiz da condenação para operar a substituição, quer diga respeito à natureza, qualidade, quantidade ou local de cumprimento, como de resto, o próprio direito subjetivo à substituição, que como frisamos no item anterior, se prende à existência das exigências legais, deverá ser discutida em sede de apelação, por tratar de questão de mérito do processo de conhecimento e não da competência do Juízo de Execução. Assim, a execução das penas restritivas de direitos, será iniciada de acordo com os exatos limites da condenação transitada em julgado, que deverá constar de documento enviado ao juiz competente para a execução, seja uma certidão, guia ou outro documento equivalente.

Agindo o juiz, de ofício ou a requerimento do MP, deverá mandar intimar o condenado e o MP das condições de execução da pena restritiva. Somente assim, poderá o condenado, ou seu representante, ou o Ministério Público, insurgir-se contra eventual excesso ou desvio inicial, cometido pelo Juízo da Execução. Havendo qualquer manifestação dessa natureza, deverá ser instaurado o procedimento judicial, previsto nos arts. 194 a 197, da LEP,

com respeito ao contraditório e à possibilidade de dilação probatória, bem como, interposição de agravo em face da decisão a ser proferida, que, obviamente, deverá ser devidamente motivada.

Havendo a necessidade de alteração da forma de cumprimento ou de conversão das penas restritivas de direitos, previstas respectivamente nos arts. 148 e 181, da LEP, deverá ser instaurado o incidente de execução, que será estudado no capítulo subsequente. Após o cumprimento da pena restritiva de direitos será declarada sua extinção.

Adiante, far-se-á análise das características específicas do procedimento de cada uma das modalidades de penas restritivas de direitos, salientando que por ocasião do acréscimo da pena pecuniária e de perda de bens e valores, por meio da Lei 9.714, de 1998, não houve o estabelecimento de regulamentação para sua execução, razão pela qual seguiremos a seqüência da LEP, com a posterior análise do procedimento a ser adotado para as penas instituídas posteriormente.

4.3.1 Prestação de serviços à comunidade: procedimento

A Seção II, do Capítulo II, do Título V, da LEP, nos arts. 149 e 150, trata da execução da prestação de serviços à comunidade. Embora, atualmente o inciso IV, do art. 43, do CP, preveja a prestação de serviço à comunidade ou à entidades públicas, aqui, por tratar do procedimento de execução, permanecer-se-á fiel à denominação estabelecida pela LEP.

Segundo o art. 149 caberá ao juiz da execução, de ofício ou a requerimento do MP, designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, credenciado ou conveniado, junto ao qual o condenado cumprirá, gratuitamente, o trabalho, atendendo-se às suas aptidões; mandar intimar ao condenado, bem como, cientificar à entidade escolhida, sobre os dias e o horário do cumprimento da reprimenda; modificar a forma de execução, a fim de ajustá-la à

jornada de trabalho. Estabelece-se, ainda, a duração do trabalho em oito horas semanais, a serem cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de forma a não prejudicar o trabalho normal do condenado, em horários previamente determinados pelo juiz, e o início da execução a partir do primeiro comparecimento do condenado.

Conforme já restou assentado, cabe o juiz da condenação, a análise dos requisitos e determinação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Portanto, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, será por ele fixada, entretanto, caberá ao juiz da execução, a fixação da entidade, credenciada ou conveniada, de acordo com as aptidões do condenado, bem como, estabelecer os dias e horários de trabalho. Tal determinação decorre, logicamente, do fato de que é o juiz da execução que dispõe da relação de entidades e programas credenciados ou conveniados, e com ele é que tais entidades ou programas manterão contato direto e colaborarão.

Essa providência possibilitará o início do cumprimento da pena restritiva e deverá obedecer aquilo que contiver o documento enviado pelo juiz da condenação, além das aptidões do condenado, devendo, portanto, ser estabelecidas as tarefas a serem cumpridas.

Havendo discordância do condenado ou Ministério Público, em relação à entidade ou programa escolhido pelo juiz, ou mesmo, em relação às tarefas atribuídas e horário determinado para o trabalho, nada impede que, por ocasião da ciência da decisão, requeira, justificadamente, alteração da entidade ou programa, das tarefas atribuídas e horários determinados, o que deverá ser processado na forma prevista nos arts. 194 a 197, da LEP, respeitando-se o contraditório, e incluindo-se a possibilidade de produção de provas, como no caso de necessária comprovação de aptidão específica por parte do condenado, por exemplo, além da eventual interposição de agravo em face da decisão, conforme afirmado no item anterior.

Conforme se analisou anteriormente, as penas restritivas de direito possuem, entre nós, caráter substitutivo das privativas de liberdade, motivado pela não recomendação de privação da liberdade por períodos curtos, ante sua comprovada ineficiência, diante dos fins a que se propõe a sanção penal, além dos efeitos prejudiciais que comprovadamente provoca ao condenado. Daí, a conclusão de que o fim almejado com a aplicação das penas restritivas de direitos não difere daquele com que se aplica a privação da liberdade¹⁷⁸. Havendo, portanto, a necessidade de individualização da pena, além, obviamente, de respeito aos direitos não atingidos pela sentença condenatória.

É certo, portanto, que não será lícito ao juiz fixar tarefa incompatível com as aptidões do condenado, por consistir em medida contrária aos interesses da pena restritiva de direitos¹⁷⁹. Resultando coerente, a fixação de tarefas úteis às entidades ou programas beneficiados, na medida das possibilidades reais de cada condenado, reservando-se as tarefas mais qualificadas àqueles dotados de condições ideais para o desempenho, e tarefas mais simples no caso de condenados menos qualificados, significando ofensa à dignidade da pessoa humana, a determinação de tarefas incompatíveis com as aptidões de cada condenado, não havendo necessidade, entretanto, de estrita obediência às aptidões de cada pessoa, adequando-se as condenações existentes às entidades e programas credenciados e conveniados¹⁸⁰, não

¹⁷⁸ Entende-se que a realização de serviços nessas entidades fará aflorar a sensibilidade do condenado, viabilizando uma tomada de consciência das contingências humanas, das dificuldades de outrem e da sociedade, alargando horizontes e impregnando valores. A prestação de serviços à comunidade, ao lado de construir um ônus, uma tarefa sentida, aflitiva, um aborrecimento, é também uma medida positiva à medida que, por meio dela, o condenado sente ser necessário aos que precisam de seu auxílio e à comunidade lesada por sua atitude delituosa, recebendo dessa comunidade, pelo trabalho, o reconhecimento, a compreensão e a conseqüente reincorporação ao meio em que vive (MIRABETE, 2004, p. 612).

¹⁷⁹ Evidentemente a escolha deve ter em conta as possibilidades que se oferecem nas entidades estatais ou privadas a que se destinam os condenados a essa sanção. A prestação de serviços à comunidade aplicada com fundamento na nova Lei de Tóxicos deve ser cumprida, preferencialmente, em programas ou entidades que se ocupem da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (art. 28, § 5º, da Lei nº 11.343, de 23-8-2006) (MIRABETE, 2007, p. 275).

¹⁸⁰ É perfeitamente coerente a determinação de que condenado médico ou enfermeiro, por exemplo, trabalhe em creche ou programa comunitário, destinado ao acolhimento de pessoas carentes de assistência médica, desempenhando suas funções profissionais gratuitamente. Da mesma forma, é perfeitamente coerente a determinação de que condenado que exerce o ofício de pedreiro, desempenhe suas funções em reformas a serem realizadas em dependências de entidades públicas. No entanto, não guarda relação com as finalidades da

sendo possível a imposição de tarefa que prive ou restrinja direitos constitucionais (Idem, p. 613)¹⁸¹. O horário determinado para execução do trabalho deverá ser compatível com a jornada normal de trabalho do sentenciado, afinal o que se busca é evitar os efeitos deletérios da privação de liberdade, entre eles, destaca-se a impossibilidade de continuidade dos afazeres cotidianos do condenado¹⁸².

A intimação do condenado, acerca da entidade ou programa comunitário escolhido, bem como, das tarefas e horários de trabalho designados, possibilitarão o início do cumprimento da reprimenda, além da reação das partes, em caso de discordância, daí resultar salutar a intimação do MP, mesmo que não previsto expressamente em lei, afinal a decisão do juiz pode, no entender do MP, contrariar os fins da pena ou os interesses sociais.

A entidade beneficiada com o trabalho deverá encaminhar, mensalmente, ao Juízo de Execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, além de comunicar imediatamente ausência ou falta disciplinar, conforme determina o art. 150, da LEP. Evidentemente, as comunicações devidas pela entidade beneficiária da prestação de serviços, são necessárias à análise do bom cumprimento da reprimenda, bem como, da necessidade de eventual instauração de incidente de execução, assunto que será tratado no próximo capítulo, tendente a alteração da forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade (148, da LEP), ou conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, da LEP).

aplicação de pena restritiva de direitos, a imposição de trabalho de pedreiro ao médico, ou cuidado de pessoas sem assistência médica ao pedreiro.

¹⁸¹ O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo (BITENCOURT, 2001, p. 317)

¹⁸² Determinar que a prestação de serviços à comunidade seja exercida durante a jornada normal de trabalho não contribuirá com o processo de reintegração social do condenado, dificultando, na maioria das vezes, sua sobrevivência e o sustento de sua família. A coincidência de horários gera um desconforto absolutamente desnecessário, que terá certamente reflexos negativos na pretendida ressocialização do sentenciado (Idem, p. 316-317).

Segundo o disposto no art. 79, incisos I e II, incumbe ao Patronato, a orientação aos condenados à pena restritiva de direitos, e a fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana. Entretanto, conforme é sabido a implementação dos patronatos públicos ou particulares, até hoje não alcançou aos objetivos almejados com a promulgação da LEP, ficando, na grande maioria dos casos, limitada a orientação e fiscalização do cumprimento de penas restritivas de direitos, às entidades ou programas beneficiados.

Ao final do cumprimento da prestação de serviços à comunidade, deverá ser declarada sua extinção, por sentença, aqui, da mesma forma como exposto no capítulo anterior, item 3.6. Eventual erro material no cálculo da reprimenda não tornará inviável a correção posterior, mesmo em caso de trânsito em julgado da sentença de extinção, diferentemente dos casos de extinção por outras causas que não o cumprimento da sanção, como por exemplo, aplicação de lei nova mais benigna, anistia ou indulto.

4.3.2 Limitação de fim de semana: procedimento

A Seção III, do Capítulo II, do Título V, da LEP, nos arts. 151 e 152, trata da execução da limitação de fim de semana. Segundo o art. 151, caberá ao juiz da execução, de ofício ou a requerimento do MP, mandar intimar o condenado, cientificando-o do local, dias e o horário do cumprimento da reprimenda, sendo considerado como início da execução o primeiro comparecimento do condenado.

Inicialmente concebida como meio de execução descontínua ou fracionada da privação de liberdade de curta duração¹⁸³, a limitação de fim de semana teve sensível alteração pelo estabelecimento de obediência ao prazo fixado para a sanção substituída, transformando-a em limitação de liberdade na razão de dois dias por semana de pena privativa de liberdade imposta (art. 55, do CP). Possibilitando-se, assim, a permanência do condenado no convívio social, e principalmente, familiar, evitando-se os efeitos indesejáveis do encarceramento.

De acordo com o art. 93, da LEP, é na casa do albergado que se deve cumprir a pena de limitação de fim de semana, onde o condenado estará sujeito às regras de disciplina e aos regulamentos previstos, sob ordem da autoridade administrativa. Entretanto, diante da falha implementação dos institutos previstos na LEP, são raras as comarcas que dispõem de casa do albergado¹⁸⁴, o que obriga a utilização de outros estabelecimentos adequados¹⁸⁵.

Por meio da intimação sobre o local e os horários fixados para o cumprimento da limitação de fim de semana, o juiz possibilitará o início da execução. Apresentando-se o condenado no local e horário indicado haverá, de fato, o início da execução, que se desenvolverá, sob orientação do responsável pelo estabelecimento. Como o que se busca é que o cumprimento da sanção não inviabilize a continuidade das atividades cotidianas do sentenciado, principalmente sua jornada de trabalho, nada impede que haja pedido justificado, de alteração do local ou horário previamente estabelecidos, que deverá ser

¹⁸³ A prisão descontínua, que recebe denominações diversas, *limitação de fim de semana* (Brasil), *prisão por dias livres* (Portugal), *prisão por tempo livre* (Alemanha) ou *arresto de fim de semana* (Bélgica e Espanha) (Idem, p. 309).

¹⁸⁴ Referida sanção deverá, prioritariamente, ser cumprida em casa do albergado, que o legislador romântico espera que exista em todas comarcas brasileiras. [...] Referidos estabelecimentos, que não são de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária, não foram construídos, sendo que a maioria dos Estados federados não possui nenhuma dessas casas (Idem, p. 310-312).

¹⁸⁵ Permite porém a lei que a pena de limitação de fim de semana seja cumprida em outro estabelecimento adequado, como um anexo à Cadeia Pública, por exemplo, já que o mesmo conjunto arquitetônico pode abrigar estabelecimentos de destinação diversa, desde que devidamente isolados (art. 82, § 2º) (MIRABETE, 2004, p. 616).

processado na forma estabelecida para o procedimento judicial na execução penal, com respeito ao contraditório e possibilidade de produção de provas, decisão motivada e recurso de agravo. Logicamente, o MP pode considerar inadequados o local e os horários fixados, sendo aconselhável, portanto, sua intimação acerca da decisão do juiz sobre o assunto.

A intimação do condenado servirá, também, como advertência sobre a obrigatoriedade de sujeição à disciplina do estabelecimento e da possibilidade de conversão da pena em privativa de liberdade, em caso de descumprimento injustificado das obrigações impostas.

A fim de que o período de limitação da liberdade seja aproveitado, estabelece o art. 152, da LEP, a possibilidade de sujeição do condenado a cursos e palestras, bem como, a atividades educativas. Segundo o art. 148, da LEP, o juiz da execução deverá, sempre, ajustar a forma de cumprimento das penas restritivas de direitos “às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, de entidade ou programa comunitário ou estatal”. Portanto, é nesse sentido que devem ser orientadas as atividades impostas ao condenado, sempre buscando os fins da pena¹⁸⁶.

Deverá o estabelecimento onde se cumpre a limitação de fim de semana, encaminhar mensalmente ao juiz, relatório das atividades realizadas pelo condenado, bem como, comunicar a qualquer tempo, ausência ou cometimento de falta disciplinar. Evidentemente, as comunicações devidas pelo estabelecimento, são necessárias à análise do bom cumprimento da sanção, bem como, da necessidade de eventual instauração de incidente de execução, assunto que será tratado no próximo capítulo, tendente a alteração da forma de

¹⁸⁶ Essa pena, dita restritiva, tem preocupação notadamente educativa, prevendo que durante o seu cumprimento o albergado possa participar de cursos, palestras, ou ainda realizar quaisquer outras atividades educativas. Essa previsão tem a finalidade de aproveitar positivamente o tempo que o albergado permanece no estabelecimento; além de atribuir-lhe atividades educativas, o que está em consonância com os objetivos reeducadores da sanção penal, evita que o apenado permaneça inativo durante tantas horas e em meio a tantas pessoas, o que poderia ocasionar o que García Valdés chamou de “tertúlia dos delinquentes” (BITENCOURT, 2001, p. 312).

cumprimento da limitação de fim de semana (148, da LEP), ou conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 2º, da LEP).

Como já se salientou, segundo o disposto no art. 79, incisos I e II, incumbe ao Patronato a orientação aos condenados à pena restritiva de direitos, e a fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, entretanto, diante da falha na implementação dos institutos previstos pela LEP, no caso da limitação de fim de semana, na grande maioria dos casos, resta limitada a orientação e fiscalização do cumprimento pelo próprio estabelecimento onde se cumpre a reprimenda.

Ao final do cumprimento da limitação de fim de semana, deverá ser declarada sua extinção, por sentença, expedindo-se alvará de soltura (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 50). Aqui, da mesma forma como exposto no capítulo anterior, item 3.6, eventual erro material no cálculo da reprimenda não tornará inviável a correção posterior, mesmo em caso de trânsito em julgado da sentença de extinção, diferentemente dos casos de extinção por outras causas que não o cumprimento da sanção, como por exemplo, aplicação de lei nova mais benigna, anistia ou indulto.

4.3.3 Interdição temporária de direitos: procedimento

A Seção IV, do Capítulo II, do Título V, da LEP, nos arts. 154 e 155, trata da execução da interdição temporária de direitos. Segundo o art. 154, caberá ao juiz da execução, de ofício ou a requerimento do MP, comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado. Estabelece-se, no parágrafo primeiro, que consistindo a pena em proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a autoridade comunicada deverá, em vinte e quatro horas, baixar

ato, a partir do qual terá início a execução. E, no parágrafo segundo, que consistindo a pena em proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público ou em suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, o juiz da execução deverá determinar a apreensão dos documentos que autorizam o exercício restringido pela sanção.

As penas de interdição temporária de direitos, antes acessórias¹⁸⁷, foram alçadas à condição de principais e autônomas, aplicadas em substituição às privativas de liberdade, para os condenados a penas inferiores há um ano ou pela prática de delitos culposos (art. 54, do CP). Mirabete (2007, p. 276) recorre ao magistério de Manoel Pedro Pimentel, para classificá-la como uma reprimenda que “atinge fundo os interesses econômicos do condenado, sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo”, e acrescenta (2004, p. 618) que: “Além disso, tem maior significado na prevenção, já que priva o sentenciado, pelo período da pena, da prática de certas atividades sociais em que se mostrou irresponsável e perigoso”. Bitencourt (2001, p. 320), de sua parte, antes de mencionar o mesmo comentário de Pimentel, ressalta, que:

Das modalidades alternativas esta é sem dúvida nenhuma, a que maior impacto causa na população, que recebe com certo gosto a efetividade da Justiça Penal. Ao mesmo tempo, pela gravidade das conseqüências financeiras que produz é de grande potencial preventivo-geral, inibindo os abusos e desrespeitos ao deveres funcionais e profissionais próprios de cada atividade.

A interdição temporária de direitos, pela própria característica deve ser utilizada na punição por crimes diretamente relacionados ao exercício do direito interditado. Afinal, se assim não fosse, contrariaria a própria finalidade das penas restritivas em geral, que é justamente de possibilitar ao condenado o cumprimento da sanção penal, sem privá-lo da continuidade de suas atividades cotidianas, especialmente no que diz respeito ao trabalho

¹⁸⁷ “Desapareceu a pena acessória de interdição de direito ou incapacidade temporária para profissão ou atividade (art. 69, IV, do CP de 1940). Agora, qualquer interdição constitui pena principal e autônoma e substitui, nos casos previstos, as penas privativas de liberdade (arts. 32, 44, 47, I e III, 56 e 57 do CP vigente)” (TACRIM-SP, 2ª, C.; MS 138.522-7, São Paulo; j. 07.02.1985, v. u., Rel. Dimas Ribeiro; RT 595/359) (MARTINS, 1998, p. 336-337).

lícito. Além disso, “as interdições temporárias não se confundem com os efeitos da condenação” (Idem, p. 312), uma vez que é aplicável independentemente, de eventual consequência administrativa que possa advir da conduta criminosa.

Conforme já ficou, exaustivamente, demonstrado a escolha da sanção substitutiva da pena privativa de liberdade imposta, cabe ao juiz da condenação. Portanto, não é lícito ao juiz responsável pela condenação alterar a natureza da pena, a não ser nos casos em que isso resulte de circunstância excepcional, pois eventual questionamento sobre a pena imposta deverá ser efetuado em sede de apelação em face da sentença penal condenatória. Afinal, as penas substitutivas somente se executam após o trânsito em julgado da condenação, não havendo margem, em tese, para a modificação, em sede de execução da pena, da natureza da interdição imposta.

As interdições devem ser adequadas às circunstâncias pessoais do agente e ao delito praticado, assim prevê o art. 56, do CP. A proibição prevista no inciso I, do art. 47, do CP, para o autor de “crime cometido no exercício de cargo, função ou atividade pública (inclusive mandato eletivo) sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes” (MIRABETE, 2004, p. 619), como deve ser imposta a proibição constante do inciso II, do art. 47, a quem exercer profissão, ofício e atividades, “que dependem de certos requisitos legais para serem exercidas: cursos superiores ou profissionalizantes, licença da autoridade pública, registros etc., que são controlados e fiscalizados pelo Estado” (Idem, p. 620). Em relação à suspensão de autorização ou habitação para dirigir veículo, prevista no inciso III, do art. 47, aplicável aos autores de crimes culposos de trânsito (art. 57, do CP), houve grande diminuição da aplicabilidade com a vigência do Código Brasileiro de Trânsito, estabelecido pela Lei nº 9.593, de 1997, que já prevê para os crimes nela capitulados, a pena de suspensão ou proibição de obtenção de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, além das penas privativas de liberdade e multa, em razão disso, a suspensão prevista na parte geral do

CP, somente poderá ser aplicada, “nos crimes culposos de trânsito, em substituição à pena privativa de liberdade, quando não se tratar de infração praticada com veículo automotor” (Idem, p. 621), ou seja, na condução de veículos de tração humana ou animal. Por fim, a proibição de freqüentar determinados lugares, já prevista anteriormente como condição obrigatória para a concessão do *sursis* (art. 78, § 2º, *a*, do CP), que deve ser aplicada guardando relação com o delito praticado e de forma específica, não sendo permitida a aplicação genérica ou imprecisa (Idem, p. 622).

Destarte, a atividade judicial na execução das interdições temporárias de direitos, resume-se nas comunicações das autoridades competentes e intimação do condenado, bem como, no julgamento do incidente de execução, a ser instaurado ao receber a comunicação sobre eventual descumprimento da reprimenda (art. 155, da LEP), a fim de se verificar a necessidade da conversão da pena (art. 181, § 3º, da LEP). Ressalte-se que, de acordo com o art. 155, da LEP, a autoridade administrativa deverá, e qualquer prejudicado, poderá comunicar ao juiz da execução, sobre o descumprimento da interdição imposta.

4.3.4 Prestação pecuniária e perda de bens e valores: procedimento

Não há, na LEP, previsão de procedimento a ser adotado para a execução da pena pecuniária e perda de bens e valores, havendo divergência doutrinária na forma correta de se proceder. Mirabete (Idem, p. 609) defende o uso, por analogia, do procedimento previsto nos arts. 164 e ss. da LEP, para a execução da pena de multa, com requerimento do MP, em autos apartados, instruído com certidão da sentença condenatória transitada em julgado, e citação do condenado para pagamento no prazo de dez dias, ou nomeação de bens à penhora, e prosseguimento nos termos da lei civil.

Nucci (2007, p. 981) expõe raciocínio diverso, baseado no necessário cumprimento por iniciativa do condenado, já que se trata de benefício a ele concedido.

Pensamos que deva ser espontâneo o seu cumprimento, sob pena de reconversão em pena privativa de liberdade. Não teria sentido obrigar o Estado a executar coercitivamente um determinado valor, com eventual penhora e hasta pública relativo à prestação pecuniária, que substitui pena privativa de liberdade, já que a pena é *alternativa* ao cárcere. Logo, cabe ao beneficiário cumpri-la de pronto. O interesse é seu em fazê-lo. O mesmo se deve sustentar em relação à pena de perda de bens e valores, que devem ser entregues, por iniciativa do condenado, ao Estado, assim que houver o trânsito em julgado da decisão condenatória. Se, intimado a fazê-lo, deixar de cumprir a pena *alternativa*, o caminho deve ser a conversão em pena privativa de liberdade.

Não há dúvida de que o mínimo que se espera de um condenado beneficiado com a possibilidade de livrar-se do cumprimento da pena privativa de liberdade mediante uma prestação de cunho pecuniário é a iniciativa em cumprir a pena imposta. Entretanto, uma vez intimado o sentenciado, apresentando justificativa para o não pagamento imediato do valor, e oferecendo garantia ao cumprimento da sanção, mediante oferecimento de bens à penhora, não há razão para que não se acate a justificativa, já que o contrário importaria em uma substituição impossível de ser cumprida. Por outro, lado não sendo justificado o não cumprimento da sanção, obviamente, não há razão para prolongar a execução do valor na forma de penhora de bens e prosseguimento nos termos da lei civil.

Portanto, entende-se que deve haver a iniciativa do condenado em cumprir a sanção, embora, justificando o não cumprimento, nada obsta o prosseguimento nos termos do art. 164 e ss. da LEP, o que somente não se faria, optando-se pela reconversão da pena, no caso de inércia do condenado, demonstrando desinteresse pelo benefício a ele concedido.

4.4 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena restritiva de direitos

Tendo em conta as premissas iniciais do presente trabalho, assentadas na conclusão de que o procedimento, enquanto direito fundamental, enquadra-se no campo de

atuação positiva do Estado; que os procedimentos previstos para o processo penal, deverão ser dotados de meios a propiciar a liberdade e segurança dos indivíduos; que, especificamente na execução penal, em razão da situação de sujeição do condenado, a liberdade e segurança do condenado deverão estar asseguradas de forma especial, o que somente será possível com o estrito respeito às garantias do devido processo penal, cf. capítulo I, item 1.6.1.

Considerando-se, ainda, como finalidade da pena privativa de liberdade, a reprovação e prevenção do crime, prevalecendo, no que diz respeito à prevenção, os aspectos positivos, gerais e especiais, consistentes na reafirmação e valorização do ordenamento jurídico e a recuperação do delinqüente. Afirmou-se, no item 3.7, do capítulo anterior, que a eficiência e o garantismo, somente estarão presentes no procedimento de execução da pena privativa de liberdade, se houver a possibilidade de se alcançar a finalidade de pena sem o comprometimento das garantias do devido processo penal. Sendo, portanto, eficiente o procedimento quando possibilitar a reinserção social do condenado, necessariamente, por meio da individualização da execução da pena, e oferecimento dos meios ideais a esta reinserção; e garantista quando obedecer estritamente, às garantias do devido processo penal. Ressaltando, sempre, a necessidade de fruição plena dos direitos não atingidos pela decisão condenatória.

No que respeita à eficiência e garantismo no procedimento aplicado à execução das penas restritivas de direitos, acrescenta-se, apenas, a finalidade especial de evitar os efeitos deletérios do encarceramento por curto período, mormente, em se tratando de delinqüentes primários, autores de delitos de pouca gravidade, e em condições pessoais favoráveis à ressocialização. Isso, porque como vimos a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, não têm por fundamento, uma mudança na finalidade da pena, que continua sendo de reprovação e prevenção do crime.

4.5 Pena de multa: considerações iniciais

Consistindo o patrimônio um bem jurídico, torna-se passível de ser atingido por imposição de pena, e sendo imposta em dinheiro, será pecuniária. Assim a multa é espécie de pena patrimonial de caráter pecuniário (PRADO, 2001, p. 402).

No Direito romano, a palavra multa – *lato sensu* – designa toda pena pecuniária pertencente à comunidade. O vocábulo “multa” tem origem na palavra latina *mulcta* (reproduzir, multiplicar) – devido, provavelmente, ao fato de que antigamente sua quantia era fixada multiplicando-se o dano produzido pelo delito. As sanções pecuniárias em sentido amplo, são todas as que afetam a integridade patrimonial do condenado. A pena de multa é a sanção criminal pecuniária por excelência (*Strafcharakter der Geldstrafe*), sendo que sua imposição dá lugar a uma “pretensão jurídico-pública e pessoal” (Idem, p. 402-403).

Ao Direito Pátrio pertence o mérito da criação do critério dias-multa¹⁸⁸.

Equivocadamente a doutrina costuma indicar a origem do sistema como sendo da Escandinávia¹⁸⁹. Tal sistema foi aperfeiçoado pela Finlândia, que o adotou em 1921, Suécia, em 1931, e Dinamarca, em 1939, daí ter sido chamado *sistema nórdico*, mais recentemente foi adotado na Costa Rica, em 1971, Bolívia, em 1972, Áustria, em 1975, Alemanha Ocidental, em 1975, e em Portugal, em 1982 (BITENCOURT, 2001, p. 275). Entretanto, de utilização ampla nos sistemas penais modernos, possui papel menor entre nós (BENETI, 1996, p. 147).

O sistema de dias-multa, abandonado pelo Código Penal de 1940, foi restabelecido pela reforma penal de 1984, que recebeu críticas¹⁹⁰, e, inspirada, principalmente, “pela síndrome da falência da prisão” operou grande reforma em relação à sanção penal

¹⁸⁸ Primeiro Código Penal brasileiro, o estatuto de 1830, decorrente do projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, foi extremamente original em inúmeras matérias e, dentre elas, convém pôr em evidência, como exemplo claro, o esboço, pela primeira vez, do sistema de dias-multa para a pena pecuniária, que, a bem da verdade histórica, deveria chamar-se também *sistema brasileiro* (Idem, p. 409).

¹⁸⁹ Não têm razão Cuello Calón, Jescheck, Sebastian Soler e Mapelli Caffarena quando afirmam que o critério dias-multa é um sistema nórdico e atribuem sua criação ao sueco Johan C. W. Thyren, com seu projeto preliminar de 1916 (BITENCOURT, 2001, p. 274). Entretanto, admite-se que, modernamente, a teoria do dia-multa, nasceu em decorrência das sugestões apresentadas por Johan C. W. Thyren, em 1910, consagradas legislativamente em 1916, no anteprojeto de Código Penal Sueco (PRADO, 2001, p. 416).

¹⁹⁰ Um dos principais argumentos contra a reforma penal de 1984 foi o fato de editar-se a Parte Geral sem a correspondente reforma da Parte Especial. Esquecem-se de que a Alemanha Ocidental, que tem servido de exemplo para todas as legislações contemporâneas, também, sem sua reforma de 1975, editou somente a Parte Geral, sem qualquer prejuízo para seu ordenamento jurídico-penal (BITENCOURT, 2001, p. 267-268).

(Idem, p. 268). Portanto, a revitalização da pena de multa no Direito Brasileiro, deve-se, como o surgimento e crescimento das demais penas diversas da privação de liberdade, justamente ao descrédito em que caiu esta modalidade de sanção penal, em que se depositou toda esperança da solução definitiva do problema da delinquência¹⁹¹.

O descrédito da pena privativa de liberdade elevou a importância da pena pecuniária, ao ponto de afirmar, Boneville, que “a pena privativa de liberdade nunca devia ser imposta quando a pena pecuniária fosse suficiente” (PRADO, 2001, p. 421). Defende-se a pena pecuniária, como a mais importante, entre as alternativas à privação da liberdade por curtos períodos, apresentando-se, entre outras, as seguintes razões:

1. Tem indubitável caráter aflitivo, pois impõe ao delinqüente uma privação certa, o que assegura seu efeito intimidante. Alguns habituam-se ao cárcere, mas ninguém se acostuma a pagar multas.
2. É divisível e flexível ao extremo, o que permite adaptá-la facilmente às condições pessoais do condenado, aos seus recursos, às circunstâncias particulares do delito cometido etc.
3. Ao contrário do presídio, não degrada o condenado em desonra a sua família; o multado não se corrompe, nem se contamina, permanece com os seus, não perde seu emprego, nem abandona seus meios normais de subsistência.
4. É a mais reparável das penas, pois, uma vez cumprida caso se comprove erro judiciário, pode ser integralmente devolvida, o que não ocorre com as penas privativas de liberdade.
5. É econômica, porque não somente evita os enormes gastos que o Estado deve destinar à manutenção dos estabelecimentos carcerários, mas também pode construir uma forma de renda para o Estado (Idem, p. 421).

Não são poucas as vantagens apresentadas pela imposição de pena pecuniária, mas nem por isso, essa modalidade de sanção fica livre de aspectos negativos, citando-se os seguintes:

1. Nem todos podem pagar a multa, mas todos podem ser privados da liberdade.
2. Afeta aos familiares do condenado e pode ser paga por terceiros.
3. Pode incitar à prática de novos crimes, para que o condenado adquira condições de pagá-la.
4. Atinge desigualmente as pessoas, já que variam suas possibilidades econômicas, e não é reformadora (Idem, p. 422).

¹⁹¹ O triunfo da pena de multa, segundo Jescheck, começou no final do século XIX, como consequência da luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração. Lideraram essa luta Von Liszt, na Alemanha, e Boneville, na França (Idem, p. 271).

A origem da pena pecuniária como instituto penal, remonta à Antigüidade, passando pela Grécia antiga, século VII, a.C., por Roma, por intermédio da Lei das XII Tábuas, 453-451 a.C., e, ainda, pelos bárbaros germânicos e pelo *direito penal medievo* (PRADO, 2001, p. 405-408). À composição do direito germânico, se atribui a origem da *multa penal moderna* (Idem, p. 407) e (MIRABETE, 2007, p. 289).

No Brasil, como já mencionado, a pena de multa existe desde o primeiro Código Penal, de 1830, porém, já existia, em razão da legislação portuguesa aqui aplicada, e mesmo em razão da legislação holandesa, aplicada no Nordeste entre 1630 a 1645, período de domínio holandês naquela região (PRADO, 2001, p. 408-409).

4.6 Conceito, características, cominação e aplicação da pena de multa

Dispõe o art. 49, do CP, que “a multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”, o mesmo dispositivo impõe o valor mínimo de dez e máximo de trezentos e sessenta dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, variando entre o mínimo de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente no país à época do fato, e o máximo de cinco vezes esse salário¹⁹², conforme determina o parágrafo primeiro; atualizado pelos índices de correção monetária, quando da execução, conforme determina o parágrafo segundo. De se observar, que “a multa não é o pagamento, e sim a obrigação de pagar ao Estado certa quantia. O pagamento é a execução ou a satisfação dessa obrigação” (MIRABETE, 2004, p. 693).

¹⁹² A lei pátria passou a referir-se ao *piso nacional de salários*, que substituiu a designação salário mínimo, mas por força do art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988, voltou-se à antiga designação. Discorda-se, *data vênia*, da opinião de que deve ser considerado o “salário mínimo de referência” após o Decreto-lei nº 2.351/87. O salário mínimo de referência coexistia com o salário mínimo e destinava-se a regular assuntos extrapenais. É pacífico na jurisprudência, aliás, que não há impedimento de se utilizar o salário mínimo como base para sanções penais (MIRABETE, 2007, p. 291).

A pena pecuniária é conceituada por Francesco Carrara, como “toda diminuição de nossas riquezas sancionada pela lei como punição de um delito” (PRADO, 2001, p. 403).

A reforma de 1984, “abandonou a velha e desgastada classificação de penas principais e acessórias” (BITENCOURT, 2001, p. 277), introduzindo as penas substitutivas, adotando o sistema dia-multa¹⁹³ e as penas restritivas de direitos, produzindo sensível alteração na forma de cominação de pena de multa. A pena de multa passou a ser prevista na parte geral na forma de pena substitutiva (art. 32, III, 44, § 2º, 49 a 52, e 58, todos do CP), e quando prevista na parte especial, tem natureza alternativa (*ou*) ou cumulativa (*e*) com as penas privativas de liberdade, além de não trazer valores mínimos e máximos, sendo sua aplicação norteadada pelo disposto no art. 49, do CP, podendo aparecer, ainda, como pena principal isolada. Em decorrência do disposto no art. 12, do CP, às penas de multa, previstas em legislação especial, aplica-se o mesmo método, salvos os casos de previsão expressa em contrário¹⁹⁴.

Aplicação de pena pecuniária substitutiva única deve ocorrer também aos tipos legais de crimes previstos na legislação especial, [...] porque, em primeiro lugar nada impede a substituição e, em segundo lugar, porque, as regras gerais da Parte Geral aplicam-se aos fatos incriminados por essas leis especiais, se estas não dispuserem de modo diverso, segundo a regra do seu art. 12. O legislador penal mostrou, de forma inequívoca, na redação desse dispositivo, que o Direito Penal fora da codificação não representa um corpo estranho em relação ao próprio estatuto penal; um compartimento estanque (BÁRTOLI, 1995, p. 143).

Assim, o quadro é que se pode a pena de multa ser sanção principal, quando cominada abstratamente para um determinado tipo penal, pode ser alternativa ou cumulativa,

¹⁹³ Segundo Bitencourt (2001, p. 277-278), com a adoção do sistema dia-multa passou a ser imprescindível à aferição da situação econômica e patrimonial do delinquent, afinal será através dessa informação que o juiz chegará à pena ideal, considerando-se a culpabilidade e condições econômicas do réu.

¹⁹⁴ Assim já se decidiu em relação à antiga Lei de Tóxicos, Lei de Imprensa, Lei de Economia Popular etc. Não é essa, porém, a orientação do STJ, na hipótese de a legislação especial cominar pena privativa de liberdade cumulativa com a de multa. Nesse sentido, acrescentou esse Tribunal à Súmula o enunciado nº 171: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”. Nesse mesmo sentido, já decidiu o STF: Por disposição expressa da Lei 11.340, de 7-8-2006, é vedada a substituição que implique o pagamento isolado de multa nos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 17) (MIRABETE, 2007, p. 291).

quando cominada de em conjunto com as penas privativas de liberdade, ou, ainda, substituir as penas privativas de liberdade fixadas, quando a pena aplicada for igual ou inferior a um ano, ou, ainda, cumulativamente com uma pena restritiva de direitos, caso a pena a ser substituída seja superior a um ano, de acordo com o disposto no parágrafo segundo do art. 44, do CP. Por fim, segundo o disposto no parágrafo segundo do art. 60, do CP, a pena privativa de liberdade não superior a seis meses pode ser substituída por multa, atendendo-se aos critérios fixados nos incisos II e III, do art. 44, do CP, ou seja, o réu não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos e circunstâncias, indicarem a suficiência da substituição.

A aplicação de pena de multa deve obedecer principalmente à situação econômica do réu (art. 60, do CP)¹⁹⁵, logicamente, não há que se desprezar os outros norteadores da aplicação da sanção penal¹⁹⁶, mas é justamente na possibilidade de exata adequação à situação do condenado, que a pena de multa se diferencia das outras espécies de sanção penal, pois pode ser aplicada de forma a atingir adequadamente o valor considerado ideal para a situação econômica do delinquente, além de se aferir a culpabilidade e grau de prevenção e repressão penal necessários.

Tratando-se a multa de pena, colocada à disposição do juiz, para atender às mesmas finalidades que se busca atingir com as demais penas previstas, não há motivos para alterar o raciocínio a ser desenvolvido na dosimetria da pena. Assim, as causas de aumento e diminuição, gerais e especiais, bem como, a diminuição pela não consumação do crime, devem ser aplicadas, da mesma forma, que são aplicadas às penas privativas de liberdade,

¹⁹⁵ Segundo esse sistema, o valor do dia-multa deverá corresponder à renda média que o autor do crime auferir em um dia, considerando-se sua situação econômica e patrimonial.[...] Cientificamente, pode-se concluir, o sistema dia-multa é o mais completo de todos os que até agora foram utilizados. A forma de avaliação da culpabilidade e das condições econômicas do réu ajusta-se melhor aos princípios de igualdade e de proporcionalidade (BITENCOURT, 2006, p. 681).

¹⁹⁶ Mirabete (2007, p. 294-295), informa que, embora tenha surgido corrente jurisprudencial baseada na interpretação de que deveria o juiz atender unicamente à situação econômica do réu, não há dúvida de que se deve aceitar a orientação de que a situação econômica do réu é o principal, portanto, não único, critério a ser atendido pelo juiz ao fixar a pena (MIRABETE, 2007, p. 294-295).

reservando-se a consideração exclusiva da situação econômica do réu para a fixação do valor de cada dia-multa aplicado (MIRABETE, 2007, p. 294-295). Portanto, para a aferição da pena a ser aplicada, o juiz deve observar a duas operações distintas.

A primeira consiste na apuração de dias-multa a ser aplicada, respeitando-se os limites de 10 a 360 dias-multa, considerando-se a gravidade do delito, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e circunstâncias e conseqüências do delito, além das circunstâncias legais que influenciam na dosagem da pena, inclusive majorantes e minorantes.

A segunda consiste na obtenção do valor de cada dia-multa, considerando-se os limites estabelecidos no art. 49, do CP, e levando-se em conta, exclusivamente, a situação econômica do réu, apurada durante a instrução da causa¹⁹⁷.

Se, ainda assim, o juiz entender insuficiente a pena aplicada no máximo, diante da situação econômica do réu, poderá realizar uma terceira operação, atendo-se à prescrição do parágrafo primeiro do art. 60, do CP, que autoriza o aumento até o triplo nestes casos. Ressaltando que isso possibilita aplicação de penas diversas a co-autores de crimes cometidos com responsabilidade idêntica, onde, em razão da situação econômica de cada um deles, poderia resultar na aplicação de multa ineficaz ou exorbitante a um deles, e ainda, havendo a fixação do mesmo número de dias-multa, em caso de conversão da pena em detenção, não haverá distinção alguma (BITENCOURT, 2006, p. 683-684).

Não se exige equivalência em relação à multa substitutiva e à pena privativa de liberdade substituída, a multa deverá ser aplicada segundo os critérios próprios¹⁹⁸,

¹⁹⁷ STJ: “O juiz deverá fixar a quantidade de dias-multa com base nas circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, (CP, art. 49, *caput*) e, em seguida, determinar o valor do dia-multa com base na situação financeira do réu (CP, art. 60, § 1º). São essas as únicas regras estabelecidas para a fixação do número e valor dos dias-multa que irão substituir a pena corporal” (RT 733/539) (MIRABETE, 2004, p. 694).

¹⁹⁸ Neste sentido Mirabete (2007, p. 295), inclusive mencionando afirmação da posição na RT 606/335, e RJDTACRIM 1.124, e Martins (1998, p. 346), que colaciona julgado do STJ: “*Penal – Pena de multa substitutiva da pena privativa de liberdade – Equivalência quantidade entre estas – Desnecessidade*. 1. Na fixação da multa substitutiva não é necessário haver correspondência entre a quantidade de dias-multa e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. 2. Preenchidos os requisitos legais que permitem a

diferentemente, portanto, da operação a ser realizada na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Permanece em aberto a discussão acerca do termo inicial para a aplicação da correção monetária, prevista no parágrafo segundo do art. 49, do CP. Várias teorias foram desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina. Mirabete (2007, p. 292-293), mencionando decisões dos nossos tribunais, apresenta o panorama, apontando que se afirmava como prazo inicial o primeiro dia subsequente ao prazo de dez dias para pagamento voluntário, art. 164, da LEP, pois era após a citação que o condenado tomava conhecimento do valor devido. Mas esse pensamento já não era o único, pois se apontava, também, como marco inicial, a data do trânsito em julgado da sentença para as partes; a data da citação; a data da sentença; ou a data do fato. O autor menciona, ainda, que a Lei nº 9.268, de 1996, não será capaz de por fim à discussão¹⁹⁹, pela possibilidade de se continuar defendendo como marco inicial, a data do fato, com fulcro na Súmula 43, do STJ, que indica, como correta para dívida por ato ilícito, a data do efetivo prejuízo; a data da sentença condenatória, já que a multa é considerada dívida de valor, e a sentença é título líquido e certo, após dez dias do trânsito em julgado da decisão (art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, c.c. o art. 50, *caput*, do CP); e por fim, a data do ajuizamento da ação de execução (cf. o § 2º, do art. 1º, da Lei 6.899/81).

Atentos ao assunto, Mirabete (2007, p. 293) e Martins (1998, p. 353) adotam expressamente a data do fato ilícito como marco inicial para a incidência da correção monetária sobre o valor da multa, este afirmando que esta posição “parece atender melhor o reclamo da lei penal, mesmo porque atualização monetária não representa um *plus* na multa

substituição, o Juiz deve, a partir daí, orientar-se por regras próprias estabelecidas na lei para a fixação da pena pecuniária. 3. Recurso conhecido e improvido’ (STJ, 5ª, T.; REsp. 63.830, Paraná; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.437).”

¹⁹⁹ Tendo a oportunidade de fazê-lo, a Lei 9.268/96 não resolveu de vez a polêmica jurisprudencial a respeito da data inicial da incidência da correção monetária da pena de multa (Cód. Penal, art. 49, parágrafo segundo), prosseguindo incólumes as diversas posições desde há muito registradas (MARTINS, 1998, p. 353).

mas, simplesmente, a manutenção pura do valor correto”. Informam, ainda, que esta é a posição mais acolhida pelos tribunais²⁰⁰.

4.7 Pena de multa: procedimento

O procedimento para a execução da pena de multa está estabelecido no Capítulo IV, do Título V, da LEP, nos arts. 164 a 170. Até o advento da Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, o procedimento para execução da pena de multa era, sem qualquer questionamento, o estabelecido nos arts. 164 a 166, da LEP. Porém a citada lei alterou o disposto no *caput* do art. 51, do CP, que passou a ter a seguinte redação: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” Além disso, a lei mencionada excluiu a possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade.

Esta última alteração, consistente na impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade não possibilitou muita divergência, pela simplicidade.

Hoje tem valor puramente histórico a possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, o que se admitia à luz da revogada disposição do art. 51 do Código Penal, agora afastada pela Lei 9.268/96 (que, agora sim, se recordou de revogar expressamente também o art. 182 da LEP), disposição esta que, mais benéfica, tem complete retroatividade. Contudo, em dois pontos o legislador de 1996 novamente foi impreciso: a) esqueceu-se de revogar ainda o artigo 118, parágrafo 1º da LEP. A leitura da Exposição de Motivos que acompanhou a Lei 9.268/96 não deixa margem para dúvidas de que se tratou de puro esquecimento, mesmo porque o legislador de 1996 não se preocupou muito em esconder seu completo desconhecimento quanto a vários temas sobre os quais avançava temerariamente. De toda forma, se tratou o legislador de expressamente afastar a conversão direta da multa em pena privativa de liberdade, não teria razões para deixar de fazê-lo também quando essa conversão pode ser indireta: tal é o caso da revogação do *sursis* e, com ainda maiores razões, de regressão quando o condenado se encontra em regime aberto. Mais do que simples regra, nesse particular a modificação do art. 51

²⁰⁰ Martins (Idem, p. 353-355), cita vários julgados do STJ, datados dos anos de 1995 e 1996, considerando a data do fato como marco inicial para aplicação da correção monetária à pena de multa, além de um julgado do extinto TACRIM-SP, considerando a data do trânsito em julgado para as partes, com a conseqüente formação do título executivo, e um julgado do STJ, datado do ano de 1994, considerando o primeiro dia após o décimo dia pós o trânsito em julgado.

do Código Penal institui entre nós um princípio de liberdade, sob qualquer pretexto (Idem, p. 355).

Como se procurou demonstrar, já de início, até quando se comenta o acerto, não se deixa de demonstrar o descontentamento com o *completo desconhecimento do tema sob o qual avançou temerariamente*, conforme o autor citado qualificou a atuação do legislador de 1996. Tudo isso, em razão da enorme celeuma criada pela alteração da redação do *caput* do art. 51, do CP, que logo criou dissenso, consistente em duas posições, a saber, “agora a pena de multa há de ser judicialmente cobrada no Juízo da execução fiscal, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança nos ombros da Fazenda Pública e não mais do Ministério Público”, ou, “a nova redação apenas teve o condão de alterar aspectos procedimentais da cobrança da multa, cujo Juízo competente continuaria sendo o Juízo da execução, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança, [...], nos ombros do Ministério Público” (Idem, p. 346).

As razões dos defensores das suas posições não repousaram somente em argumentos jurídicos, resvalando em outros aspectos, como por exemplo, a questão institucional do Ministério Público e da Procuradoria do Estado, havendo manifestações no sentido de ter agido o legislador na intenção de subtrair prerrogativa institucional do MP, ou de se tratar a questão de *atribuições menores*, a serem acometidas a órgão arrecadador²⁰¹.

Entretanto, a grande dúvida consiste na mudança ou não da natureza da multa penal aplicada por sentença transitada em julgado, para os adeptos da primeira posição apresentada, a multa perderia, após o trânsito em julgado da condenação, o caráter de sanção penal, transformando-se em mera dívida de valor, com todas as conseqüências decorrentes²⁰², por outro lado, os opositores entendem que a alteração legal não teve por objetivo retirar a

²⁰¹ Neste sentido Martins (Idem, p. 346-353).

²⁰² Com efeito, ao dizer que a multa será considerada dívida de valor e que na sua cobrança serão aplicadas as normas da legislação vigente à dívida ativa da Fazenda Pública, parece-nos que o legislador desejou que a sentença condenatória passasse a ser, após a devida inscrição na dívida ativa, executada pela Fazenda Pública (MOREIRA, 2003, p. 109). O autor cita, ainda, como compartilhadores do mesmo entendimento, Antônio Cláudio Macedo da Silva, Luiz Flávio Gomes, Damásio Evangelista de Jesus, Paulo José da Costa Júnior, José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues, Vera Regina Almeida Braga, além de julgados do STJ.

natureza de sanção penal da multa, mas sim outros objetivos, consistentes em: excluir a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade; ratificar a sujeição da multa à incidência de correção monetária; acelerar o processo de execução da multa; evitar a prescrição com a imposição de causas de suspensão e interrupção do lapso prescricional.

Tudo sob os argumentos de que: o art. 114, do CP, com alteração da própria Lei nº 9.268/96, demonstra que a multa continua sendo sanção penal; que permanecem em vigor os arts. 118, § 1º, da LEP, que estabelece a regressão de regime para quem não pagar a multa imposta, injustificadamente, e 81, II, do CP, que estabelece a revogação do *sursis*, para quem frustra a execução da pena de multa. Por fim, que sendo a multa mera dívida de valor, poderia ser cobrada dos sucessores do condenado, o que violaria o princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (Art. 5º, XLV). Por tudo isso, a multa continua tendo natureza de sanção penal, a ser apreciada pelo juiz da execução sob a titularidade do MP, até porque a lei diz que, após o trânsito em julgado, a multa *será considerada* dívida de valor, o que demonstra a idéia de assemelhação e não transformação (MIRABETE, 2004, p. 713).

Importante mencionar que, “não se constituindo mais a multa definitivamente aplicada em sanção penal, estariam revogados os arts. 164 a 166 da LEP” (MIRABETE, 2007, p. 296). O que é veementemente rechaçado por Bitencourt (2006, p. 690), ao asseverar que: “A Lei n. 9.268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa, como pode parecer à primeira vista. O processo executório, inclusive, continua sendo regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP, que, propositalmente não foram revogados”.

Martins (1998, p. 346), adepto da idéia de que a multa deve ser cobrada no Juízo de execução fiscal, por ser considerada dívida de valor, faz, entretanto, algumas ressalvas ao posicionamento. Primeiro, esclarece que o fato de se considerar a multa, dívida de valor, em nada altera sua natureza penal específica, até porque toda e qualquer multa penal

somente pode ser considerada dívida de valor, “espécie dentro do gênero das penas pecuniárias, tendo, ademais, previsão constitucional expressa (CF, art. 5º, inc. XLVI, letra “c”)”. Esclarece, ainda, a necessidade de se harmonizar a mudança de competência e titularidade ativa para a execução da multa, e o procedimento previsto no art. 50, do CP, que possibilita o conhecimento do valor e pagamento antes da execução civil, determinada pelo art. 51, do CP, pelo fato de ser o condenado o maior interessado no pagamento, com a conseqüente extinção da pena.

Daí porque o estabelecimento da premissa: uma vez transitada em julgado a condenação, o Juízo da execução deve liquidar o valor da multa e notificar o devedor para seu pagamento em até 10 dias, sob as penas legais: nesse prazo poderá o devedor comparecer perante o Juízo da execução e pagar o débito ou, ainda, postular seu pagamento em parcelas. Apenas quando o devedor quedar-se em silêncio após esses 10 dias é que o Juízo da execução deverá extrair certidão do débito a ser então encaminhada à Procuradoria da Fazenda Pública (embora haja notícias de que, ao menos no Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado esteja se declarando parte ilegítima para o ajuizamento da respectiva execução fiscal).

No Estado de São Paulo, há em vigor os Provimentos nº 2/93 e 2/2001, da Corregedoria Geral de Justiça, que determinam o atendimento do disposto no art. 50, do CP, e no caso de não ser possível à intimação do condenado ou não haver o pagamento da multa, deve ser determinada a expedição de certidão da sentença, para encaminhamento ao juízo competente para a execução (MIRABETE, 2004, p. 712).

Embora os tribunais não tenham atingido posição unânime sobre o tema, Mirabete (Idem, p. 714) informa que o STJ tem decidido pela legitimidade ativa da Fazenda Pública e não do Ministério Público, e pela competência do Juízo Cível ou da Fazenda Pública, conforme dispuser a legislação local, e não do Juízo de Execução Criminal.

Bitencourt (2006, p. 690-694) apresenta estudo conclusivo no sentido de que não houve alteração de legitimidade e competência pela Lei nº 9.268/96, baseado nos seguintes argumentos: a definição jurídica de nome, título ou espécie da obrigação não altera, de forma alguma, sua natureza, pelo fato de que a multa penal é conseqüência do delito,

sujeita, portanto, aos *princípios limitadores do direito repressivo penal*²⁰³; a intenção político-legislativa da Lei nº 9.268/96, foi impossibilitar a conversão da multa em privação da liberdade e ratificar a incidência da correção monetária do valor; a consideração da alteração legislativa no contexto de Direito Penal da Culpabilidade, importa em impossibilidade de inscrição da multa não paga em dívida ativa e alteração de competência, por várias razões, a saber: o art. 49, do CP, estabelece o pagamento da multa em favor do penitenciário, e a Lei Complementar 79/94, criou o Fundo Penitenciário Nacional, portanto, não houve alteração da natureza da sanção de multa, que continua sendo única e exclusivamente de competência do Juízo de Execução Criminal; as leis estaduais instituidoras dos Fundos Penitenciários Estaduais, para arrecadação das multas penais, são inconstitucionais, por se chocarem com o art. 49, do CP, lei federal, que deve prevalecer; não se pode falar em inscrição das multas penais na dívida ativa, primeiro porque não há previsão para tanto, sequer na Lei nº 9.268/09, e caso houvesse, transformaria título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa), o que realmente é impensável, e ainda, deslocaria crédito destinado ao Fundo Penitenciário Nacional para crédito comum, extra-orçamentário, e diga-se, de forma ilegal; e por fim, não há previsão legal de competência para a inscrição de tal débito na dívida ativa, a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, manifestou-se contrariamente a essa possibilidade por falta de amparo legal.

Adverte, ainda, o autor citado, o paradoxo criado pela determinação de utilização na cobrança, das causas interruptivas e suspensivas da prescrição, previstas na Lei nº 6.830/80, sem, contudo, deixar-se de obedecer ao lapso prescricional previsto no CP, art. 114, bem como, a divergência jurisprudencial a respeito da competência e legitimação ativa para a execução. Para ao final, concluir que poucas serão as multas impostas e efetivamente

²⁰³ Pelo princípio da *personalidade da pena* - aliás, a grande característica diferenciadora da pena criminal pecuniária das demais penas pecuniárias -, ao contrário do que se chegou a afirmar, herdeiros e sucessores não respondem por essa sanção. Ademais, não se pode esquecer que *a morte do agente é a primeira causa extintiva da punibilidade* (art. 107, I, do CP) (Idem, p. 691).

pagas, diante da clara possibilidade de utilização dos recursos previstos no ordenamento jurídico para que ocorra a prescrição, a menos, que se estabeleça expressamente a suspensão do respectivo prazo, enquanto se procede à cobrança judicial da multa, o que atualmente não acontece, possibilitando o acontecimento daquilo que Jescheck previa e temia, ou seja, a “ineficácia político-criminal da pena pecuniária pelo seu não-pagamento ou, então, pela falta de meios efetivos que propiciem a sua cobrança” (Idem, p. 694-695).

Entendem-se irrefutáveis os argumentos apresentados por Bitencourt, em que pese o valor daqueles apresentados em sentido contrário, por tudo que o autor expôs. Mas fundamentalmente, pelo argumento de que, por ser consequência de um ilícito penal, a sanção consistente na multa, será sempre sujeita aos princípios norteadores do Direito Penal, que não são afastáveis pela via legislativa comum, quiçá, não seriam nem mesmo pela competência constitucional originária, mas isso é assunto por demais complexo para ser aqui tratado. O que realmente interessa é que os princípios reitores da persecução penal e *jus puniendi* Estatal, são fruto de séculos de avanços e retrocessos históricos, que não podem ser afastados por uma lei ordinária, que sequer explicitou essa vontade claramente. Assim, conforme advertiu Martins (1998, p. 345), argumenta-se que o Juízo da execução penal não dispõe de recursos necessários para a cobrança da multa, com muito mais razão deve-se argumentar, que o Juízo da execução fiscal não dispõe de recursos para atuar sob o pálio dos *princípios limitadores do direito repressivo penal*, pois, “a execução de sanções criminais – privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias – é *competência exclusiva do juízo criminal!*” (BITENCOURT, 2006, p. 692).

De qualquer forma não se dispensa menção, ao menos singela, ao rito estabelecido pela Lei nº 6.830/80, que trata da execução fiscal, recorrendo ao resumo elaborado por Mirabete (2004, p. 714), segue-se ao seguinte procedimento:

Apresentada a petição inicial, com pedido de citação do executado (art. 6º), o juiz determinará esta, a penhora ou arresto e a avaliação dos bens penhorados ou arrestados (art. 7º). O executado será citado para, no prazo de cinco dias, pagar a multa e encargos (art. 8º), procedendo-se à penhora ou arresto se não garantir a execução, por meio de depósito ou fiança (arts. 9º a 15), podendo oferecer embargos, no prazo de 30 dias (art. 16). Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar o Ministério Público, para impugnação, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento (art. 17).

Seguindo-se, entretanto, o disposto nos arts. 164 e ss. da LEP, o procedimento será iniciado com requerimento do MP, em autos apartados, acompanhado de certidão da sentença transitada em julgado, para citação do condenado para pagar em dez dias o valor da multa, ou oferecer bens à penhora (art. 164, *caput*, da LEP), não efetuado o pagamento ou depósito da importância, levar-se-á a efeito a penhora de bens bastantes para garantia da execução (§ 2º), com posterior prosseguimento conforme dispuser a lei processual civil (§ 3º).

Recaindo a penhora sobre bem imóvel, os autos deverão ser remetidos ao juízo cível, conforme estabelece o art. 165, da LEP, respeita-se, assim, a proximidade do juízo cível com as questões relativas ao prosseguimento da execução, “que normalmente são mais complexas ou formais quando é imóvel o bem penhorado (depósito, avaliação, praça, arrematação etc.) (Idem, p. 729). Recaindo, entretanto, em bens de outra natureza a penhora, prosseguir-se-á na forma do parágrafo segundo do art. 164, da LEP.

Havendo superveniência de doença mental ao condenado, a execução será suspensa, por força do disposto nos arts. 52, do CP, e 167, da LEP, a perda da capacidade pena, pela doença mental superveniente, deve suspender a execução, estando o condenado em liberdade ou cumprindo pena privativa de liberdade.

Em caso de necessidade, pode ser determinado o pagamento da multa por meio de desconto em vencimento ou salário do condenado, quando aplicada isoladamente, aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos, ou concedida a suspensão condicional da pena, desde que, não incida sobre recursos indispensáveis ao sustento do

condenado e de sua família (art. 51, §§ 1º, *a, b, c*, e 2º, do CP). Entretanto, deverá ser observado o limite máximo de quarta parte e mínimo de um décimo da remuneração, para a efetivação do desconto o juiz emitirá ordem ao responsável para recolhimento mensal do valor estipulado (art. 168, da LEP).

Poderá, ainda, o pagamento ser parcelado em prestações mensais iguais e sucessivas, a pedido do condenado (art. 169, da LEP), com a manifestação prévia do MP, e eventual diligência para verificar a real situação econômica do condenado (§ 1º), o benefício poderá ser revogado em caso de impontualidade ou melhora da situação econômica do condenado, iniciando-se a execução da multa, ou prosseguindo-se de onde foi suspensa (§ 2º).

Estando o condenado à multa, cumprindo pena privativa de liberdade, aplicada cumulativamente, poderá ser procedido desconto na remuneração para pagamento da multa, nos termos do art. 168, da LEP (art. 170, da LEP), cumprida a pena, concedida a liberdade condicional ou a suspensão condicional da pena, e restando a multa para ser paga, a cobrança se fará nos termos previstos nos arts. 164 e ss., da LEP (§§ 1º e 2º).

4.8 Eficiência e garantismo no procedimento de execução da pena de multa

Conforme se disse, ao analisar a questão da eficiência e garantismo no procedimento das penas restritivas de direito, item 4.4, supra, não há diferenças essenciais entre as finalidades das diversas sanções aplicadas pelo Direito Penal. Ressaltando-se que a multa, em específico, visa propiciar a repressão e prevenção do crime como a privação de liberdade ou restrição de direitos, mas atingindo um bem jurídico que muitas vezes é a causa determinante da conduta delituosa, o patrimônio. Daí um caráter especial dessa pena, quando aplicada cumulativamente com uma privativa de liberdade ou restritiva de direitos, ou até mesmo alternativamente à privativa de liberdade. Por outro lado, sendo aplicada de forma

substitutiva, tem como as restritivas de direitos, a intenção de evitar o encarceramento, diante dos efeitos deletérios, já mencionados tantas vezes neste trabalho.

Portanto, também com a aplicação da pena de multa se objetiva à repressão e prevenção do crime. Daí porque a eficiência e o garantismo do procedimento adotada para sua execução estarão intimamente relacionados à possibilidade de alcance desses objetivos. Na pena de multa, a individualização, quando da sua aplicação, na busca do número de dias-multa a ser aplicados e o valor de cada dia-multa (suficientes e necessários), é o primeiro e fundamental passo para o alcance do objetivo. A partir daí, a real possibilidade de satisfação da multa, por meio de um procedimento que garanta ao condenado o pleno exercício de seus direitos, não atingidos pela sentença condenatória, assegurarão a presença de eficiência e garantismo no procedimento.

Ressalte-se que, no item anterior mencionou-se, com apoio na lição de Bitencourt, a questão das causas interruptivas e suspensivas do lapso prescricional e as divergências sobre a competência e legitimidade ativa para execução, como evidente causa de ineficiência do procedimento, ante a real possibilidade de prescrição da pretensão executória pelo decurso do prazo previsto no art. 114, do CP.

V. INCIDENTE DE EXECUÇÃO: PROCEDIMENTO.

5.1 Incidente processual: considerações iniciais

O estudo do incidente de execução, não prescinde da análise do instituto processual do *incidente*, de forma a delimitar sua adequada terminologia, seus conceitos, sua aplicação e abrangência no processo de execução da sentença penal condenatória. A forma complexa como o tema sempre foi tratado e a crescente preocupação com a eficiência e o garantismo no exercício da atividade jurisdicional, importa na necessidade, primeiramente, de “atingir maior uniformidade terminológica da utilização das expressões incidente, questão incidental ou procedimento incidental” (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 12).

Se, por um lado, no processo de conhecimento, “a maneira como a lei e o juiz cuidem dos incidentes, influirá decisivamente na rapidez do desenvolvimento do processo e na segurança das decisões” (Idem, p. 13). Por outro, na execução penal, o incidente é o meio pelo qual se faz a correta adequação da pena imposta, ao momento vivido durante seu cumprimento, indispensável para a efetivação da sentença e para o processo de reintegração social do condenado, cuidando de conformar o comando contido na sentença condenatória com as ocorrências fáticas e jurídicas do momento. Possibilitando, assim, as conversões de pena, evitando os excessos ou desvios no cumprimento da sanção, e ainda, fazendo valer questões, em tese, que não digam respeito à execução da pena, como a aplicação de lei nova mais benéfica, entre outros²⁰⁴.

²⁰⁴ A noção de “incidente” assume especial relevância sistemática no processo de execução penal, pois não dispõe este de instrumento processual hábil a constituir processo e ação autônoma, como os embargos do devedor no cível, para as possíveis objeções à praticização do título executivo (BENETI, 1996, p.127).

5.1.1 Incidente

Para a devida compreensão do instituto do incidente processual, sem incorrer nos equívocos rotineiros, imperiosa se faz a distinção entre o que caracteriza o incidente processual, a questão incidental e o procedimento incidental; contudo, tal distinção importa, antes de qualquer coisa, em conceituar o vocábulo incidente.

Por meio da análise etimológica do vocábulo, é possível identificar que o incidente pode ser “visto em si mesmo como aquilo que cai sobre alguma outra coisa”, ou, ainda, “em face do efeito que faz realizar sobre o movimento de outro ser, conturbando, alterando o seu curso normal”. Possibilitando, a análise do vocábulo incidente, em termos processuais, “como incidente procedimental, ou fenômeno de alteração procedimental, como questão e como procedimento” (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 30). Para ao cabo disso, entender o incidente processual como “aquilo que se insere no processo, podendo interromper seu movimento, podendo obstaculizar o seu caminhar” (Idem, p. 29).

Não há no meio jurídico, contudo, uniformidade na utilização do termo incidente, eis que na legislação e doutrina, aparece em todos os sentidos que sua compreensão possibilita. No Brasil, especificamente, o termo incidente é utilizado, normalmente, no sentido de procedimento, mormente, no processo civil²⁰⁵. Sem embargo, entretanto, de se falar no CPP, Livro I, Título VI, em *questões e processos incidentes*. Anotando-se ademais, o emprego inadequado da expressão *processo*, que é utilizado no CPP com sentido de procedimento. Portanto, trata-se no dispositivo acima, das *questões e procedimentos*

²⁰⁵ Em vários dispositivos, a palavra *incidentemente* ou *incidental* vêm empregadas pelo Código de Processo Civil (arts. 17, n^{os} V e VI, 20, § 1^o, 34, 109, 138, §§ 1^o e 2^o, 265, IV, letra c, 325, 393, 394, 395, 469, III). Mas no art. 162, § 2^o, é que se encontra a chave para se dar a *incidente* a exata conceituação que recebe na sistemática do processo civil vigente (MARQUES, 1997, p. 69).

*incidentes*²⁰⁶.

Diante desse quadro, de ausência de uniformidade no uso do termo incidente, seria impróprio adotar um conceito, sem que se analisem as utilizações comuns do termo, tanto pela legislação como doutrina. Sendo inevitável uma conceituação que, de forma abrangente, inclua “tanto a questão incidental como o procedimento incidental, e até mesmo a seriação de atos processuais, que dão causa a um outro procedimento” (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 33).

5.1.2 Questão incidental

Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2005, p. 543) a “questão incidental é aquela que pode recair, sobrevir no curso de um processo”, acrescenta, ainda, que “questão é a contenda, discussão, controvérsia”, concluindo que: “questões incidentes, ou questões incidentais, são as controvérsias que sobrevêm no curso de um procedimento e que devem ser solucionadas pelo Juiz, antes da decisão da causa principal”.

São dois os elementos indispensáveis à conceituação de questão incidental. São eles a acessoriedade e a acidentalidade, com os quais é possível definir a questão como algo acessório, por não dizer respeito à questão principal, discutida no processo, e acidental, por não fazer parte do desenvolvimento normal, esperado; requerendo, portanto, alterações de várias formas no procedimento, ou mesmo, a instauração de um procedimento à parte.

²⁰⁶ Tudo que se encontra respectivamente sob as rubricas dos capítulos I, II, III e V, do citado tít. VI, do Livro I, do Código de Processo Penal, não constitui procedimento incidental propriamente dito, e sim questões que interferem no processo e que provocam mutações procedimentais na relação processual (Idem, p. 69). O Título VI do Livro I do Código engloba temas heterogêneos, desde as questões prejudiciais até o incidente de falsidade que merecia estar no Título VII, da prova. Parece, até, que o legislador não sabia onde colocar introduziu nesse Título (GRECO FILHO, 1998, p. 171).

A acessoriedade é indicativa da necessidade da existência do processo para que surja a questão incidental. Em que pese o fato de poder se falar em incidentes anteriores ou posteriores ao processo, isso se deve a uma análise introspectiva do instituto sem qualquer vinculação com seus efeitos, como muito bem acentua Scarance Fernandes (1991, p. 48-51). Sem se levar em conta “os efeitos ocasionados por sua existência no movimento processual”. Portanto, imperioso reconhecer que a questão incidental, será sempre caracterizada pela sua acessoriedade em relação ao objeto principal do processo.

A accidentalidade, da mesma forma, é indispensável à caracterização da questão incidental. Pois se a questão se incluir no curso normal do procedimento, obviamente não será incidental, a questão incidental é aquela que impede a solução da questão principal, sem sua prévia solução. Portanto, surge como um acidente, a impedir o curso natural e “ocasionando desvios no procedimento principal, ou levando à instauração de procedimentos laterais ou até mesmo à formação de novos processos paralelos”. Entretanto, é de se observar que o que constitui a questão incidental é a “matéria que será resolvida” (Idem, p. 51-52), e não suas conseqüências no procedimento, que constituirão o incidente ou procedimento incidental, conforme se der sua solução no procedimento.

Essa matéria, que, necessariamente, será decidida antes da solução do litígio; é, portanto, acessória e incidental, provocando “momentos novos no processo para a sua solução ou para sua admissão” (Idem, p. 52).

Merece destaque a ressalva, de que a *questão*, nem sempre implica em discordância das partes em litígio, podendo mesmo, ser apontada de ofício pelo juiz, ainda que não haja controvérsia. Ressalte-se, ainda, que, na questão incidental, não há contraditório (TORNAGHI, 1959, p. 372).

Assim no processo penal, onde impera o princípio da verdade real, não teria sentido que o juiz deixasse de examinar como questão um fundamento de fato duvidoso, somente porque não é controvertido entre as partes. O mesmo poderia ser dito em relação àquelas hipóteses em que no processo civil estão em jogo interesses considerados indisponíveis, não valendo a presunção de veracidade quanto aos fatos não contestados (SCARANCE FERNANDES, 1988, p. 57).

5.1.3 Procedimento incidental

O primeiro elemento caracterizador do procedimento incidental é sua autonomia estrutural, que determina sua desvinculação em relação ao procedimento principal. Como restou assentado no item anterior, a questão incidental, devido à sua acidentalidade, provoca desvios no curso procedimental, e às vezes, até impõe a necessidade de instauração de um procedimento colateral, este é o procedimento incidental, de estrutura autônoma, que envolverá uma seqüência de atos ou fases distintas dos atos e fases procedimentais adequados e previamente estabelecidos para a solução da questão principal. Portanto, não se trata de um mero desvio no curso do procedimento principal, como ocorre no incidente, mas sim de um procedimento à parte²⁰⁷.

Afirma-se, ainda, que a “autonomia estrutural do procedimento incidental é o que o distingue da fase processual” (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 89), pois não faz parte do todo, que forma o procedimento, não podendo nele ser integrado, mesmo que a solução do processo dependa da sua solução, sendo, necessariamente, desvinculado do procedimento principal.

O segundo elemento caracterizador do procedimento incidental e sua vinculação funcional. Se por um lado, é dotado de autonomia estrutural, independência de atos e fases, é dependente, no que diz respeito à sua função, o que “decorre da própria circunstância de ele surgir no desenvolvimento do processo e dele depender” (Idem, p. 90).

²⁰⁷ Por isso é justo falar, juntamente com o *procedimento principal*, de um procedimento *incidental*, que se separa daquele o mesmo que um galho do tronco (CARNELUTTI, 2000, p. 220).

Afinal, o procedimento incidental não tem razão de existir, na ausência do processo onde ele se originou.

O procedimento incidental é diferente do procedimento especial, de acordo com o que explica Frederico Marques (1997, p. 72), na medida em que não se presta à solução de questão autônoma, mas sim a resolver a questão incidental, funcionalmente dependente da questão principal, mesmo que seja processado em separado. Enquanto o procedimento especial destina-se à solução de questões autônomas e determinadas, sem vinculação com o procedimento principal.

Procedimento incidental diferencia-se, ainda, do processo incidental, na medida em que nele há uma só relação jurídica processual, enquanto neste, embora incidental, haverá nova relação jurídica processual e novo objeto litigioso, e, portanto, novo processo, e não somente novo procedimento (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 93).

5.1.4 Incidente processual

Conforme exposto no item inicial deste capítulo, Scarance Fernandes (Idem, p. 29) conceituou o incidente processual como: “aquilo que se insere no processo, podendo interromper seu movimento, podendo obstaculizar o seu caminhar”. Entretanto, como também foi salientado no item anterior, não há uniformidade legislativa ou doutrinária à respeito do uso do termo incidente processual. Disso, resulta a necessidade de melhor situar o instituto jurídico *incidente processual*. Entretanto, isso só é possível agora, após o estudo da *questão incidental* e do *procedimento incidental*.

Segundo Nucci (2007, p. 295), englobando-se *questão* e *procedimento*, ou seja, os dois sentidos em que normalmente a doutrina concebe o vocábulo incidente, incidentes processuais são “as questões e os procedimentos secundários, que incidem sobre o

procedimento principal, merecendo solução antes da decisão da causa ser proferida”.

Já, segundo Mougenot Bonfim (2006, p. 237-238), que separa *questão* de *procedimento*, a lide penal, na qualidade de objeto do processo, normalmente, determina o desenrolar do processo, sempre decidindo sobre aspectos que digam respeito à lide, entretanto:

não raro surgem, no curso do processo, questões que, não obstante sejam acessórias (não constituam o objeto principal do processo), afiguram-se relevantes para o deslinde da causa, devendo ser resolvidas antes da prolação da sentença final. São as questões incidentais, que originam os incidentes processuais.

Mais adequado o posicionamento de Mougenot Bonfim. Pois, os *incidentes processuais*, não são as *questões* e os *procedimentos secundários*, propriamente ditos, mas, pode-se afirmar que são as *questões incidentais* que originam os *incidentes processuais*. Com efeito, o incidente processual é “figura processual autônoma, distinta da questão e do procedimento incidental” (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 51).

A questão incidental, necessariamente, acessória e acidental, provoca, conforme já afirmado, *momentos novos* no processo, sem que disso resulte a necessidade de instauração de procedimentos incidentais, para que possam ser solucionados, e haja a solução final do processo principal. Tais momentos novos são os incidentes processuais, portanto, distintos da questão incidental e do procedimento incidental.

O incidente processual é solucionado por intermédio de introdução no curso procedimental, de atos que, normalmente, não fariam parte do procedimento, e que provocarão um desvio de rota, a fim de se restabelecer o curso normal. A turbulência provocada pelo incidente impõe a necessidade de um deslocamento no sentido inicialmente traçado, para, após a correção, voltar-se ao curso normal do procedimento.

5.2 Incidente de execução

O termo incidente de execução é utilizado de forma imprópria nas argumentações dos defensores da teoria mista da natureza da execução penal. Scarance Fernandes (1994, p. 36) esclarece que, quando os adeptos desta teoria utilizam a expressão *incidentes de execução*, estão, na verdade, falando de *procedimentos incidentais de execução*. Afinal, para a teoria mista, o procedimento na execução penal é administrativo e episodicamente jurisdicional, e o aspecto jurisdicional se manifesta através dos procedimentos incidentais.

Conforme já ficou assentado, não se discute hoje, a natureza da execução penal, sendo certo que é jurisdicional, e que há um procedimento principal, ao lado do qual, são instaurados procedimentos incidentais, quando surgem situações novas que podem alterar o panorama da pena. O certo é que, seja relativo ao procedimento principal, seja incidente, haverá sempre a manifestação de atuação tipicamente jurisdicional, com obediência a todos os ditames legais a ela relativos. Ademais, a existência de um procedimento principal ladeado por outros incidentes, é “dado essencial para se concluir que existe um processo de execução penal jurisdicionalizado” (SCARANCE FERNANDES, 1999, p. 43).

Cada modalidade de pena prevista na legislação contempla uma série de atos característicos do procedimento principal, e os incidentes que podem surgir no curso do procedimento principal. Assim, por exemplo, no cumprimento de pena privativa de liberdade, caracterizam o procedimento, os seguintes atos:

Recebimento da guia de recolhimento (arts. 105 e 106); liquidação da pena e fixação de regime em caso de várias condenações (art. 111); intimação das partes sobre a liquidação; evolução progressiva pelos diversos regimes, sendo que, antes de cada decisão sobre a mudança de regime, deverão manifestar-se o Ministério Público e o preso, este mediante advogado, e, quando necessário, deve ser colhido o parecer da Comissão Técnica de Classificação e realizado o exame criminológico (art. 112); livramento condicional (arts. 131-148); expedição de alvará de soltura, devido cumprimento ou extinção da pena (art. 109). Procedimentos incidentais possíveis

serão os referentes às autorizações de saída (arts. 120-125), remição (arts. 126-130), conversão da pena privativa em restritiva (art. 180), substituição da pena privativa por medida de segurança (art. 183), regressão de regime (art. 118) (Idem, p. 43-44)
²⁰⁸

Não há qualquer dúvida sobre a jurisdicionalidade da fixação do regime de cumprimento de pena, em caso de várias condenações à pena privativa de liberdade, ou, ainda, sobre a progressão ou regressão no regime de cumprimento da pena. Portanto, não há possibilidade de questionamentos sobre a existência de um procedimento principal na execução penal.

O incidente processual foi conceituado, neste trabalho, como sendo algo que se insere no procedimento principal, de forma a impedir o seu avanço, merecendo, portanto, uma solução, para que o procedimento reencontre sua rota natural.

Com efeito, em se tratando, especificamente, da execução de sentença penal condenatória, “o incidente é um acontecimento jurídico que ocorre no curso da execução da pena, ocasionando, por atividade jurisdicional, a sua alteração, redução ou extinção” (MIRABETE, 2004, p. 765). Restando claro, portanto, que é através da solução dos incidentes que, muitas vezes, se aperfeiçoa o processo de integração da sentença penal condenatória.

Segundo Cordero (1983, p. 806) incidente de execução é o procedimento contencioso, no qual, são decididas as controvérsias sobre a existência de um válido título executivo e todas as outras especificadas na lei. Já, Clariá Olmedo (1998, p. 248) afirma que: “se trata de los incidentes o cuestiones equivalentes que pueden provocarse o plantearse ante el órgano jurisdiccional competente durante el cumplimiento de la pena privativa o limitativa de la libertad”.

Gianzi (1965, p. 10) já advertia, há algum tempo, que a configuração

²⁰⁸ Ressaltando-se a alteração do art. 112 da LEP, por força da Lei 10.792/03, que retirou a obrigatoriedade de parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico para a obtenção da progressão de regime de cumprimento de pena, nada impedindo, entretanto, a realização de perícia a pedido das partes, ou por iniciativa do juiz.

tradicional do incidente de execução é ligada, freqüentemente, ao reconhecimento de sua autonomia, em relação à fase processual em que se acha inserida. Informa, ainda, o autor que, em função dessa autonomia, houve certa dificuldade na correta compreensão do fenômeno, que muitas vezes foi tido como um acordo excepcional completamente destacado do processo principal. Quando, na verdade, o incidente nada mais é que uma série de atos que buscam a uma determinada finalidade, sem, contudo, deixar de ter uma estreita e necessária ligação com o restante da atividade processual.

A LEP, no Título VII, denominado *Dos incidentes de execução* (arts. 180 a 193), apresenta um rol de incidentes subdivididos, em capítulo I, *Das conversões* (arts. 180 a 184); capítulo II, *Do excesso ou desvio* (arts. 185 e 186); e capítulo III, *Da anistia e do indulto* (arts. 187 a 193).

Este título, entretanto, não esgota as possibilidades de incidentes na execução penal, várias outras são citadas como: unificação, extinção da pena ou medida de segurança, aplicação da lei nova mais benigna. A situação é muito bem resumida por Sidnei Beneti (1996, p. 129), ao expor que, na execução, o incidente “pode provir de toda e qualquer matéria atinente à execução, prevista no ordenamento material, de modo que a enumeração da Lei de Execução Penal não é, do ponto de vista material, *numerus clausus*”.

Diante da jurisdicionalização da execução penal e dos ditames constitucionais vigentes, qualquer situação que se insira naquelas que podem influir no *processo de integração*²⁰⁹ da sentença, estejam ou não expressamente previstas na lei, constituirão incidente de execução e deverão ser solucionadas por meio de atividade jurisdicional, com obediência ao procedimento previsto nos arts. 194 a 197 da LEP. Somente assim, a execução penal estará respeitando plenamente os direitos do condenado, não

²⁰⁹ Cf. item 2.5, capítulo II.

atingidos pela sentença²¹⁰.

Independentemente das diversidades de cada ordenamento jurídico, o incidente de execução está sempre presente. Diante a clara necessidade de se solucionar as questões rotineiras surgidas no curso da execução da sanção penal.

Na Alemanha, segundo Roxin (2000, p. 504), “los remedios jurídicos en la ejecución de la pena están regulados de manera similar que em la StVollzG”. E acrescenta:

em caso de duda sobre la interpretación de la sentencia condenatoria o sobre la admisibilidad de la ejecución de la pena, así como en caso de objeciones contra medidas de las autoridades encargadas de la ejecución, decide la Cámara de ejecución penal, la que, sin embargo, puede devolver la causa al tribunal de primeira instancia (§§ 462a, I, 462 y 458) (Idem, p. 504).

Em Portugal, onde a execução penal desenvolve-se nos próprios autos no qual se condenou o acusado (SILVA, 1994, p. 375). Consta expressa previsão, no art. 474º, do CPP, de competência ao tribunal de execução, para decidir sobre as questões incidentais que se relacionem ao início, modificação e termo da execução.

5.3 Procedimento incidental modelo

Como já se disse à exaustão, o incidente processual, solucionado sem a necessidade de instauração de um novo procedimento, ou o procedimento incidental, propriamente dito, devem ser apreciados antes da solução final do processo. Disso resulta a necessidade de solução rápida, a fim de que não fique prejudicado o caminhar do procedimento principal, comprometendo a eficiência do processo. Por outro lado, o garantismo não pode ser deixado de lado, então, mesmo em se tratando de solução rápida,

²¹⁰ Inadmissibilidade do *habeas corpus* para dirimir incidente de execução – STF: “em sede de *habeas corpus* é inviável dirimir incidente de execução, cabendo ao juiz das Execuções adotar as providências previstas no art. 66, VII e VIII da Lei nº 7.201/84” (HC 73913-GO, DJU de 20-9-96, p. 34.536) (MIRABETE, 2004, p. 217).

deve ser informado pelos ditames do devido processo legal²¹¹.

Impossível conceber, um procedimento paralelo, ao procedimento principal, que será decisivo para o seu deslinde, que não seja dotado das mesmas garantias oferecidas às partes durante todo o processo. O procedimento incidental, como se disse, é autônomo estruturalmente, mas vinculado funcionalmente, não podendo haver desrespeito às mínimas regras processuais, o que não impede sua solução rápida.

No capítulo anterior, estudaram-se o procedimento-modelo para o processo penal, na fase de conhecimento, adotando-se, como tal, o procedimento estabelecido pelo CPP, para os crimes punidos com reclusão, previsto nos arts. 394 a 405, e 498 a 502, bem como, o procedimento-modelo na fase de execução da sentença penal condenatória, adotando-se, como tal, aquele previsto nos arts. 194 a 197, da LEP.

O procedimento previsto na LEP, é dotado de todas as características necessárias ao julgamento dos incidentes processuais, embora seja adequado ao julgamento de todas as questões no processo de execução, e, portanto, não somente das questões incidentais. Daí resulta que, no processo de execução penal, tanto os incidentes, quanto as questões principais serão resolvidas adotando-se o mesmo rito, por ser o único previsto, e principalmente, por oferecer as condições necessárias à eficiência e garantismo nas decisões neta etapa.

No CPP há previsão de inúmeros procedimentos incidentais nominados, como, por exemplo, a exceção de suspeição (arts. 95, I, 96 a 107 e 111), e a exceção de incompetência do juízo (arts. 95, II, 108 e 111), entre outros, sem esgotar, contudo, “a série de procedimentos nele previstos” (Idem, p. 471). Surgindo dessa situação, inclusive, a orientação no sentido de utilização subsidiária do procedimento previsto na LEP, para os incidentes

²¹¹ Segundo Frederico Marques (1997, p. 73), diante da impossibilidade de alegar lacuna ou obscuridade na lei, mesmo não havendo indicação legal de como proceder, o juiz deverá suprir as omissões, ensinando, ainda, que: “Para tanto, como lhe cumpre dirigir o processo, ordenará procedimentalmente a resolução do incidente, segundo seu prudente arbítrio e tendo em vista as regras gerais do art. 125, de modo que assegure às partes igualdade de tratamento e dê rápida solução ao litígio”.

previstos no CPP, suprindo, assim, a inexistência de um procedimento-modelo para os incidentes inominados (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 124). Entretanto:

No Brasil, o *habeas corpus* tem servido muito para apreciação de questões incidentais no processo penal, trata-se de processo célere, de cognição sumária, no qual, inclusive, não é prevista a participação do Ministério Público, a não ser quando a competência é originária dos Tribunais ou há recurso; isso pode ser justificável em certos casos que envolvam a soltura do réu, mas não encontra razão em outras hipóteses, principalmente quando poderão conduzir ao encerramento do processo condenatório ou impedir a investigação criminal (Idem, p. 95).

Tendo por base a necessidade de celeridade, sem, contudo, se deixar de lado as garantias essenciais ao devido processo legal, características comuns, tanto à execução penal como às questões incidentais, o procedimento estabelecido pelo LEP, comporta os atos e fases essenciais. Possibilitando, assim, ao mesmo tempo, uma tarefa jurisdicional informada pela eficiência e garantismo.

Com efeito, é possível identificar a *fase de delimitação da pretensão*, mencionada no procedimento-modelo na fase de execução de sentença penal condenatória, com a fase de *introdução*²¹² do procedimento incidental, onde se analisa o preenchimento dos pressupostos próprios do incidente.

É, portanto, possível o indeferimento de plano da pretensão, caso não estejam preenchidos os requisitos mínimos exigidos. Da mesma forma, ocorre na execução penal, onde o juiz pode indeferir, liminarmente, a pretensão inviável. Como por exemplo, um pedido de livramento condicional de um condenado, a uma pena privativa de liberdade inferior a dois anos, o que contraria o disposto no art. 83 do CP, mostrando-se inviável independentemente de qualquer análise mais acurada.

Outra hipótese comum à execução penal e a questão incidental, que aproxima a fase inicial dos procedimentos respectivos, é a possibilidade de “restar

²¹² *Fase de introdução* é a denominação utilizada por Scarance Fernandes, que informa, ainda, que Sabatini, denomina essa fase de inserção, introdução ou início, e que Vivaldi, fala em período de discussão (Idem, p. 97-98).

prejudicado o pedido, porque não persiste mais a situação que o motivou” (Idem, p. 101).

Na fase probatória ou instrutória, repetem-se as semelhanças, já que as partes requererão as provas que entenderem pertinentes, sendo ou não admitida a sua produção por análise de pertinência pelo juiz; que poderá, também, determinar produção de provas de ofício. Após a realização da prova, as partes deverão ter oportunidade de criticá-las, sempre no interesse de auxiliar no convencimento do juiz.

A fase decisória, nos dois procedimentos, também guarda semelhanças, já que a decisão proferida encerra o procedimento, mas tem caráter de decisão interlocutória no procedimento principal. Com a ressalva de que “nem sempre o procedimento se encerra com uma decisão sobre a questão incidental”, restando a possibilidade de apreciação das provas e alegações das partes, para o momento do julgamento no procedimento principal, ocupando-se o procedimento incidental, tão somente de produzir as provas necessárias à análise da questão, quando do julgamento do mérito²¹³.

Não se pode esquecer a presença, na sentença penal condenatória, da cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita ao juiz da execução, nos casos expressos em lei, rever o teor da determinação da decisão, sempre alterado de acordo com as circunstâncias fáticas do momento da execução e no interesse do cumprimento dos fins da execução da pena. Daí, por exemplo, a possibilidade de progressão e posterior regressão do regime de cumprimento de pena, já que tais decisões, após o trânsito em julgado, não adquirem os efeitos da coisa julgada material.

²¹³ Assim sucede em relação à dúvida sobre a integridade mental do réu no processo penal; instaurado o procedimento incidental previsto nos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal, o juiz, após a realização da perícia e manifestação das partes, pode, se for o caso, nomear curador para o acusado, deixando contudo de decidir a respeito da imputabilidade do réu, o que será feito no final quando julgar a pretensão punitiva (Idem, p. 101-102).

5.4 Conversões de pena: considerações iniciais

A sentença penal condenatória estabelece entre as privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, todas previstas no art. 32 do CP, a pena mais adequada à infração cometida, às características do fato e do sentenciado, bem como, o regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Entretanto, em determinadas situações, havendo previsão na LEP (arts. 180 a 184, Capítulo I, do Título VII), é possível que haja, por meio da instauração de procedimento incidental, a conversão da pena imposta, por outra de natureza diversa.

A pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos (art. 180, da LEP); a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por medida de segurança (art. 183, da LEP). Estas são as conversões consideradas favoráveis ao condenado.

A pena restritiva de direitos pode ser convertida em privativa de liberdade (art. 181, da LEP); a medida de segurança de tratamento ambulatorial poderá ser convertida em internação (art. 184, da LEP). Estas são as conversões consideradas desfavoráveis ao condenado ou agente, segundo o critério de classificação adotado por Mirabete (2004, p. 766).

Entende-se que não há, contudo, correção em classificar as conversões de pena em favoráveis ou desfavoráveis ao condenado. Afinal toda pena importa em restrição a direito, e somente o condenado pode esclarecer aquilo que considera benéfico ou prejudicial para si. Ademais, se o agente se mostra incompatível com o tratamento ambulatorial e há conversão em internação, isso se deverá, também, à maior possibilidade de eficácia do tratamento curativo do agente internado, e não só à verificação de periculosidade. Daí resta evidente que não se pode simplesmente alegar que tal medida é desfavorável, afinal, além da

segurança da sociedade, busca-se a cura do agente²¹⁴.

Até o advento da Lei 9.268, de 1º de abril de 1996, era possível, ainda, de acordo com o art. 182, de LEP, converter a pena de multa em privativa de liberdade, consistente na detenção. Portanto, atualmente, a única espécie de pena que não possibilita sua conversão é de multa, uma vez que segundo o art. 51, *caput*, do CP, transitada em julgado, será considerada dívida de valor, devendo-se aplicar a legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública.

5.4.1 Requisitos para as conversões de pena

É possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, de acordo com o estabelecido no art. 180, da LEP, quando não for superior a dois anos; o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; já se tenha cumprido ao menos um quarto da pena; e os antecedentes e a personalidade do condenado recomendem a conversão. No que diz respeito a se estar cumprindo a pena em regime aberto, o sentenciado pode tê-la iniciado neste regime ou ter obtido a progressão. Há, portanto, três requisitos objetivos para se pleitear a conversão, além do requisito subjetivo, consistente na análise dos antecedentes e da personalidade do condenado.

É possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 4º e 5º, do art. 44 do CP (art. 181, da LEP); quando o condenado descumprir, injustificadamente, a restrição imposta, ou quando, sobrevier condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, podendo o juiz deixar de aplicá-la, caso seja possível o cumprimento da pena restritiva anterior.

²¹⁴ O próprio Mirabete ressalta que a conversão do tratamento ambulatorial em internação deverá ocorrer quando, em razão da periculosidade acentuada, o agente constitui-se num risco para si ou para a sociedade (Idem, p. 778). Daí, porque entendemos incorreta a classificação dessa hipótese de conversão em desfavorável, ainda que importe em medida detentiva do agente.

As condições declaradas pelo Código Penal são genéricas, sendo complementadas pelo disposto nos parágrafos do art. 181, da LEP, que especificam as condições de conversão das penas de restrição de direitos.

Sempre haverá a possibilidade de conversão da pena restritiva de direito, quando o condenado, estando em local desconhecido, não for encontrado, ou desatender a intimação por edital e sofrer condenação à pena de liberdade por outro crime, no qual a execução não tenha sido suspensa.

Haverá a possibilidade de conversão da pena de prestação de serviços à comunidade, ainda, quando o condenado não comparecer para a prestação do serviço, recusar, injustificadamente, o serviço imposto, ou praticar falta grave.

Haverá a possibilidade de conversão da pena de limitação de fim de semana, ainda, quando o condenado não comparecer ao local indicado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer atividade determinada pelo juiz, ou praticar falta grave.

Haverá a possibilidade de conversão da pena de interdição temporária de direitos, ainda, quando o condenado exercer o direito interdito, injustificadamente.

Além disso, é possível, ainda, a conversão das penas alternativas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, e proibição de freqüentar determinados lugares (arts. 43, I, II, e 47, IV, ambos do CP), por expressa disposição do § 4º do art. 44, do CP.

É possível a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, de acordo com o estabelecido no artigo 183, da LEP, quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental.

A reforma penal de 1984 restringiu a duas as espécies de medida de segurança. Consistentes na internação, de caráter detentiva (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado); e no

tratamento ambulatorial, de caráter restritiva e não detentiva (sujeição a tratamento ambulatorial). Pressuposto de aplicação das medidas de segurança é o cometimento de fato ilícito e antijurídico, obrigatória ao inimputável (art. 26, *caput*, e 97, primeira parte, ambos do CP), e facultativa ao semi-imputável (art. 26, parágrafo único, e 97, segunda parte, ambos do CP), em substituição à pena privativa de liberdade, quando o agente necessita de tratamento curativo.

Estando o condenado cumprindo pena por crime punido com reclusão, deverá haver a substituição por internação em hospital psiquiátrico ou congêneres. Contudo, se estiver cumprindo pena por crime punido com detenção, poderá haver a substituição por sujeição a tratamento ambulatorial, a teor do disposto no art. 97, do CP, segunda parte. A adoção desse critério é muito discutida.

Atualmente, questiona-se muito o critério qualitativo da sanção para a configuração da espécie da medida de segurança criminal. No Código Penal de 1984, o critério é eminentemente jurídico para os fatos praticados pelos inimputáveis e puníveis com reclusão, e terapeuticamente-jurídico para aqueles puníveis com detenção, constituindo prova dessa assertiva o fato de que nos fatos apenados com detenção, possível será ao juiz optar por aplicar pena ou medida de segurança criminal aos fatos praticados pelos inimputáveis; não restando o juiz atrelado à qualidade da sanção, constituindo imprescindível uma reanálise quanto ao melhor critério para a escolha da espécie da medida de segurança criminal, iniciando-se, desde logo, pela possibilidade da extensão da faculdade judicial também aos fatos apenados com reclusão, hoje, infelizmente vedada em nossa legislação em relação aos inimputáveis que praticarem fatos apenados com reclusão (FERRARI, 2001, p. 41).

É possível a conversão da sujeição a tratamento ambulatorial, em internação em hospital psiquiátrico ou congêneres, de acordo com o estabelecido no artigo 184, da LEP, quando o agente revelar incompatibilidade com a medida não detentiva.

Segundo o disposto no art. 85, da Lei 9.099/1995, é possível a conversão da pena de multa, não paga, em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. Tal disposição foi considerada interessante inovação, mas tem-se aconselhado a conversão da multa apenas em pena restritiva de direitos. Já que um dos principais objetivos da referida lei é o de se evitar a aplicação das penas privativas de

liberdade, que devem ser reservadas aos casos de extrema necessidade (GRINOVER, 1996, p. 171-172).

Contudo, ante a ausência de definição legal de critérios para a conversão da pena de multa pela restritiva de direitos, conciliada com a proibição constitucional de fixação de pena indeterminada, através do princípio da legalidade da pena (art. 5º, XXXIX), considera-se inaplicável o dispositivo, inclusive com apoio de decisão do STF, em que pese haver decisões em sentido contrário²¹⁵.

Em relação à impossibilidade de conversão de pena de multa em privativa de liberdade, não resta qualquer dúvida, em razão do disposto na Lei 9.268/96, conforme mencionado no *item anterior*.

5.4.2 Conversões de pena: Procedimento

O procedimento de conversão de pena pode ser iniciado por qualquer um dos legitimados no art. 195, da LEP, em qualquer momento da execução da pena privativa de liberdade. Depende da presença dos requisitos objetivos para sua admissão, possibilitando-se a dilação probatória, a fim de comprovar a satisfação dos requisitos subjetivos.

O rol de possibilidades de conversão de penas é exaustivo, “de modo a cumprir-se fielmente o regime de legalidade e atender aos interesses da defesa social e aos direitos do condenado” (Idem, p. 766). Além disso, os requisitos necessários à efetivação da conversão, também, são expostos de forma exaustiva, assim, o procedimento se presta aos

²¹⁵ Impossibilidade de conversão da multa em pena restritiva de direitos no Juizado Especial Criminal – STF: “(...) Paciente condenado à pena de multa, como resultado da transação prevista no art. 72 da Lei nº 9.099/95. Inviabilidade, por ausência de critério legal aplicável de conversão da pena pecuniária na de restrição de direito. *Habeas Corpus* deferido, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que limitou-se a promover a inserção da dívida, para cobrança judicial” (JSTF 253/354) [...]
Contra – TACRSP: “Após a edição da Lei 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, o inadimplemento de obrigação pecuniária contraída na conformidade do disposto no art. 76 da Lei 9.099/95 não pode levar à conversão da multa em pena privativa de liberdade, mas pode acarretar sua transmutação em restritiva de direitos” (RT 739/633) (MIRABETE, 2004, p. 766).

interessados, para que possam demonstrar a possibilidade real de conversão, ou contrariá-la.

Segundo ao disposto no art. 180, da LEP, é viável a conversão da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, em restritiva de direitos, desde que, o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; já se tenha cumprido ao menos um quarto da pena; e os antecedentes e a personalidade do condenado recomendem a conversão. Havendo, portanto, três requisitos objetivos, além do requisito subjetivo, consistente na análise dos antecedentes e a personalidade do condenado²¹⁶.

A verificação do requisito subjetivo, por si só, impõe a observância do procedimento apto à dilação probatória, com a devida participação dos interessados. Daí a necessidade de comprovação, *ab initio*, dos requisitos objetivos, e, se possível, do requisito subjetivo, por meio de “exames de personalidade e criminológico ou, na falta destes, pelos elementos colhidos nos autos” (Idem, p. 767). Sendo inviável a comprovação, desde logo, da presença do requisito subjetivo, deverá haver a produção da prova técnica, ou oral, a fim de analisar-se a pretensão.

No caso de conversão de pena restritiva de direitos, em privativa de liberdade, nos parágrafos do art. 181, da LEP, estão estabelecidos os motivos. Sendo que de todos aqueles elencados, apenas a condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, sem a suspensão da execução, e, a prática de falta grave, quando for apurada na forma legal, anteriormente ao julgamento do incidente de conversão, serão passíveis de comprovação, *ab initio*, sem a possibilidade do sentenciado justificar sua conduta, por meio da produção de provas.

Em todos os demais casos, mesmo estando comprovada a conduta que enseja a conversão, será obrigatória a observância, no procedimento incidental, de oportunidade de justificação pelo condenado. Haja vista, inclusive, a utilização do elemento

²¹⁶ Necessidade de verificação de requisitos subjetivos – STJ: “(...) 3. Pedido de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos que depende da verificação de requisitos de caráter subjetivo. Procedimento vedado em *Habeas Corpus*” (RJTACRIM 45/507) (Idem, p. 767).

normativo *injustificadamente*, nas hipóteses das letras *b* e *c*, do § 1º, e § 3º, dando conta da necessidade de análise das razões do condenado. E, mesmo não havendo previsão legal expressa, a própria natureza dos motivos ensejadores da conversão, deixam transparecer a possibilidade de justificação pelo condenado (Idem, p. 772).

A conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança comporta uma situação *sui generis*, já que depende da superveniência, no curso da execução da pena privativa de liberdade, de doença mental ou perturbação da saúde mental, de forma a resultar em incapacidade penal do condenado, e, portanto, incapacidade para defender seus interesses no incidente de conversão da pena. Deverá ser adotado o procedimento previsto na LEP²¹⁷.

Com efeito, durante o processo de conhecimento, ou mesmo em fase de investigações por meio de inquérito policial, eventual dúvida sobre a integridade mental do acusado, importará na instauração de incidente de insanidade mental. Deverá, então, ser nomeado curador para o réu, e o processo ficará suspenso, realizando-se apenas as diligências que possam restar comprometidas pela suspensão, tudo isso, conforme determina o art. 149 do CPP.

Havendo conclusão, por meio de perícia médica, de que o acusado era inimputável ao tempo da infração, o processo seguirá com a manutenção do curador, em defesa dos interesses do acusado, se ficar constatado que a inimputabilidade é posterior à infração, o feito continuará suspenso, enquanto o acusado não se restabelecer. Podendo, inclusive ser determinada sua internação em estabelecimento apropriado (arts. 150 e ss., do

²¹⁷ Em princípio, é cabível o *habeas corpus* para o enfrentamento de constrangimentos ilegais que estejam sendo praticadas a título de medida de segurança, observando-se embora que a ação não comporte maiores discussões de mérito que demandem provas periciais.

“Penal – *Habeas Corpus* – Prisão – Absolvição – Medida de Segurança. Não comprovada, por meio adequado, a desnecessidade da manutenção do cumprimento da medida de segurança a pretensão desmerece acolhida. *Habeas Corpus* indeferido” (STJ, 6ª T., HC 4.111, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 15.04.1996, p. 11.552) (MARTINS, 1998, p. 367-368).

CP)²¹⁸.

Evidente, portanto, que o incidente visa impedir a condenação de quem era inimputável ao tempo da infração, ou, ainda, de quem, em razão da superveniência da inimputabilidade, esteja impedido de defender-se, adequadamente no processo, não havendo a possibilidade de efetivo contraditório no seu curso.

Estando o condenado cumprindo pena privativa de liberdade, sobrevindo, comprovadamente, por meio de laudo médico²¹⁹, doença mental ou perturbação da saúde mental, poderá haver a conversão da pena por medida de segurança. Segundo o disposto no artigo 183, da LEP, a substituição se dará por iniciativa do juiz, do Ministério Público ou da autoridade administrativa. Exclui-se, desta forma, o condenado, que pode estar representado por cônjuge ou parente, e até mesmo por curador. No entanto, a medida de segurança é vista como uma questão de segurança para a sociedade e para o próprio condenado, como já se afirmou no item 3.4, quando questionamos a classificação de conversão favorável ou desfavorável.

É possível a transferência do condenado para hospital psiquiátrico, antes da conversão da pena em medida de segurança, principalmente, para tratamento e verificação do caráter transitório ou não, da doença ou perturbação mental, eis que a conversão somente terá lugar em casos de real impossibilidade de continuação do cumprimento da pena. Aqui não se

²¹⁸ Há controvérsia sobre a possibilidade de internação do acusado antes da conclusão do processo, por prazo indeterminado, ou seja, até que restabeleça a sanidade mental. Nucci (2007, p. 353), ressaltando a impossibilidade de internação, caso não se constate a periculosidade, e aderindo à segunda posição, comenta as duas e seus argumentos, da seguinte forma: “a) é medida inconstitucional, pois fere a presunção de inocência. Estaria o magistrado determinando a internação (medida coercitiva), sem a formação da culpa. [...] b) é constitucional, pois a internação assegura a proteção devida ao doente mental, considerado perigoso, não somente à sociedade, mas também a si mesmo, se não tiver tratamento e continuar solto. [...] não há ofensa à presunção de inocência, pois o fim visado é garantir justamente a ampla defesa e o contraditório. [...] Note-se, inclusive, que o art. 152, § 2º, prevê a possibilidade de reinquirição de testemunhas, quando elas tiverem prestado declarações longe da presença do acusado, o que demonstra a nítida preocupação legislativa com a proteção à ampla defesa”.

²¹⁹ Inadmissibilidade da conversão de pena em medida de segurança sem perícia – TJSP: “Medida de segurança – conversão da pena privativa de liberdade – Requisito – Esgotamento de todos os meios de tratamento ou prova de tratar-se de doença irreversível – Inocorrência – Conversão cassada, determinando-se a remoção do recorrente ao hospital psiquiátrico – Possibilidade, ademais, de futura aplicação do art. 183 da Lei de Execução Penal – Recurso provido” (JTJ 197/315) (MIRABETE, 2004, p. 776).

trata de mérito ou demérito, mas sim, de necessidade²²⁰.

Com efeito, se o tratamento curativo é indispensável ao condenado, não há dúvida da sua legitimidade para pleiteá-lo, por intermédio do seu curador ou representante legal, antecipando-se à eventual iniciativa dos legitimados pela LEP, ressalte-se que o STF já decidiu favoravelmente à possibilidade de se instaurar incidente de insanidade mental em sede de execução penal²²¹.

Evidentemente, havendo iniciativa do condenado, o Ministério Público deverá ser intimado para manifestar-se. Podendo, se entender correto, questionar o laudo médico, ou até mesmo, acompanhar a sua produção, caso seja determinada judicialmente a realização da perícia, a fim de comprovar a superveniência de doença mental ou perturbação da saúde mental, e, logicamente, não havendo dúvidas sobre a incapacidade do condenado, exarar sua concordância com a conversão.

O Ministério Público poderá, ainda, manifestar-se no sentido de se transferir o condenado transitoriamente para estabelecimento adequado ao seu estado de saúde, para tratamento (art. 41, do CP), e confirmação posterior da necessidade de conversão da pena em medida de segurança, ante o seu caráter de definitividade.

Nucci (2007, p. 986), ao tratar do prazo limite para a medida de segurança, após a conversão da pena privativa de liberdade, posiciona-se no sentido de limitar-se a medida de segurança pelo tempo restante da pena privativa de liberdade. Sob o argumento de que o montante de pena, inclusive, já transitou em julgado, e chega a questionar a idéia de definitividade da conversão, justificando os motivos.

²²⁰ Não se deve confundir o instituto da conversão com o instituto da transferência ou remoção. Naquela há uma decisão judicial irreversível, que se fundamenta em exames médico-periciais indicativos da gravidade da doença mental superveniente. Já a remoção ou transferência se aplicam aos casos de doenças ou perturbações transitórias, constituindo-se na medida emergencial aplicável ao imputável que será realocado em local destinado a inimputável; uma medida administrativa, proferida pelo diretor do estabelecimento, sujeita sempre à revogação e ao controle jurisdicional (art. 682, § 1º, do Código de Processo Penal) (FERRARI, 2001, p. 45).

²²¹ Possibilidade de instauração do incidente de insanidade mental durante a execução da pena – STF: “(...) *Habeas Corpus*. Execução Penal. Doença Mental. No curso da execução de pena pode ser instaurado incidente de insanidade mental” (JSTF 253/313) (MIRABETE, 2004, p. 776).

E vamos além: se, convertida a pena em medida de segurança, ocorrer a cura do sentenciado, embora seja hipótese não prevista na Lei de Execução Penal, o caminho natural será a reconversão em pena. Do contrário, poderia haver nítidos abusos. Ilustrando, imagine-se o condenado a 30 anos de reclusão, que, após 2 anos apresenta enfermidade mental de caráter duradouro. Converte-se sua pena em medida de segurança, mas 3 anos depois ele está curado. O que fazer com os outros 25 anos de pena? Soa-nos perfeitamente viável a reconversão, para que termine sua pena privativa de liberdade nos moldes da execução progressiva.

Esse entendimento se adequa aos postulados constitucionais, segundo explanação de Sérgio Mazina Martins (1998, p. 364).

há nítida tendência na doutrina com oportunos reflexos também na jurisprudência, de se submeter as medidas de segurança aos princípios constitucionais do Direito Penal, do que decorrem importantes consequências, notadamente no que se refere à vedação de sua perpetuidade, havendo mesmo quem sustente que se trata de condenação em sentido amplo.

Ainda, no que respeita ao limite de duração da medida de segurança, há entendimento, inclusive jurisprudencial²²², de que se deve, após o prazo determinado de pena privativa de liberdade, colocar o condenado à disposição do juízo civil competente para analisar sua capacidade civil, e tomar as medidas cabíveis.

É possível, a exemplo do que se disse até aqui, a iniciativa do condenado, por seu curador ou representante legal, para efeito de converter-se o tratamento ambulatorial em internação, em caso de incompatibilidade do agente com o tratamento ambulatorial. Mais uma vez, necessário ressaltar, que a internação, assim como o próprio tratamento

²²² Colocação do liberado à disposição do juízo cível – TJSP: “Medida de segurança – Substituição de pena privativa de liberdade – Réu julgado como semi-imputável – Internação que não pode ter duração maior que o tempo restante da reprimenda imposta – Verificação, no entanto, de que o condenado, em razão de sua saúde mental, não tem condições de ser restituído ao convívio social – Hipótese em que o Juiz da execução deve colocá-lo à disposição do juízo cível competente para as medidas de proteção aconselhadas ao tratamento da enfermidade – Aplicação por analogia, do art. 682, § 2º, do CPP – Inteligência do artigo 183 da Lei 7.210/84. [...]” (RT 768/578) (MIRABETE, 2004, p. 777-778).

“A medida de segurança substitutiva do art. 183 da LEP não guarda correspondência com a medida de segurança propriamente dita prevista nos arts. 97 e 98 do CP, não tendo aquela qualquer relação com a prática criminosa ou com a periculosidade do inimputável, não havendo como retroagir seus efeitos de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Assim, a medida de segurança substitutiva não pode ir além dos limites temporais da pena, devendo o preso ser liberado após o término desta. Caso prevista a necessidade de tratamento sem a devolução do condenado à liberdade, deve ele ser encaminhado ao Juízo cível competente, nos termos do art. 682 do CPP, o qual não subsiste apenas à aplicação simultânea da pena e da medida de segurança” (TACRIM-SP, 4ª C.; HC 270.898/0, São Paulo; j. 07.03.1995, v. u., Rel. Ericson Maranhão; red.; 1ª inst. 264.105) (MARTINS, 1998, p. 367).

ambulatorial, deve ser determinada “em benefício da sociedade e do próprio agente” (Idem, p. 778), não havendo, portanto, impedimento a que o agente se antecipe aos legitimados do art. 183, da LEP, e inicie o incidente de execução.

Em qualquer dos casos de conversão de pena, caberá o agravo em execução contra a decisão proferida pelo juiz da execução.

5.5 Excesso ou desvio: considerações iniciais

O Capítulo II, do Título VII, trata do excesso ou desvio de execução, que ocorrem “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (art. 185, da LEP).

Já se disse, no item 2.3.1, do capítulo anterior, que a exposição de motivos da LEP, no número 19, dispõe que o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito da lei, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”. Da mesma forma, já ficou assentado no trabalho, em várias passagens, que os limites da execução penal, serão definidos pela sentença penal condenatória, que perfaz um título líquido e certo para a execução, não havendo possibilidade de restrição a direitos não comprometidos pela decisão condenatória.

Mirabete (Idem, p. 780) e Beneti (1996, p. 94) socorrem-se das palavras de Renan Severo Teixeira da Cunha, para conceituar e distinguir os institutos, afirmando que “o excesso está carregado de conteúdo quantitativo e o desvio está carregado de conteúdo qualitativo”, havendo, portanto, inclusive, possibilidade de benefício indevido ao condenado em caso de desvio de execução.

Assim, ocorre o primeiro quando, por exemplo, a autoridade administrativa ultrapassa, em quantidade, a punição, fazendo com que o condenado cumpra uma sanção administrativa além do limite fixado na lei, enquanto existirá o desvio quando ela se afasta dos parâmetros legais estabelecidos, citando o autor, como

exemplo, manter o condenado em um regime quando faz jus a outro.

Constitui-se o incidente de excesso ou desvio, portanto, em instrumento indispensável à possibilidade de se ajustar a execução da sentença condenatória, ao seu trilha natural, quando isso não estiver ocorrendo, apto a solucionar qualquer questão que importe em prejuízo ou benefício, indevidos ao sentenciado.

5.5.1 Excesso ou desvio: procedimento

Tendo em vista a característica do incidente de excesso ou desvio, que pode prejudicar ou beneficiar o condenado, todos os órgãos da execução penal são legitimados a suscitá-lo, por disposição expressa do art. 186, da LEP. Ademais, da mesma forma, o excesso ou desvio pode advir de ato de qualquer dos órgãos da execução penal.

Tanto podem afetar a higidez executória o órgão administrativo negando, em sua órbita de ação, o exercício de um direito ao sentenciado, como o Juiz indeferindo-lhe uma pretensão, ou, um e outro, concedendo-lhe algo em desacordo com o título executório (Idem, p. 94).

Embora, muitas vezes, o excesso ou desvio, possam configurar flagrante constrangimento ilegal ou, ainda, situação que mereça solução imediata, sob pena de difícil correção posterior da situação, o procedimento a ser adotado é o previsto na LEP (arts. 194-197), com todos os seus requisitos e formalidades. Não sendo possível, por exemplo, impetrar *Habeas Corpus* para sua solução²²³, cabendo agravo em execução da decisão proferida pelo juiz da execução.

²²³ Inadmissibilidade de apuração de desvio por meio de pedido de *habeas corpus* – TJSP: “Pena – Execução – Desvio por autoridade do Poder Executivo – Constrangimento ilegal alegado – questão a ser resolvida através de incidente próprio, perante o Juízo da Execução – Artigos 185 e 186 da Lei Federal nº 7.210/84 – Recurso ao Tribunal de Justiça somente após o esgotamento dessa instância – *Habeas Corpus* denegado” (JTJ 229/358) (MIRABETE, 2004, p. 780).

5.6 Anistia e Indulto: considerações iniciais

A clemência soberana toma as formas de anistia ou indulto. Entre nós, não há rigor terminológico no tratamento dos institutos, Mirabete (Idem, p. 781)²²⁴ relaciona os diversos modos como são tratados no ordenamento jurídico e conclui que “existindo duas formas possíveis de clemência soberana instituídas constitucionalmente, a anistia e o indulto, a palavra graça deve ser entendida como indulto individual”.

Nucci (2007, p. 987), por sua vez, divide o indulto “em coletivo (indulto propriamente dito) e individual (graça)”, e acrescenta que o indulto coletivo “dirige-se a um número indeterminados de condenados, desde que preencham os requisitos do decreto concessivo”, e o indulto individual “dirige-se a um determinado condenado, em razão de algum mérito que apresente ou, simplesmente, pela vontade discricionária do Presidente da República”.

No que respeita às características, para Mirabete (2004, p. 782), a anistia é “medida de interesse coletivo”, e “extingue todos os efeitos penais decorrentes da prática do crime, referindo-se porém a *fatos* e não a *pessoas*”. E pode ser classificada em *própria*, quando concedida antes do trânsito em julgado da condenação; e *imprópria*, se concedida após o trânsito em julgado da condenação. *Geral*, quando beneficia a todos os autores de determinados crimes; e *parcial*, quando exige requisitos pessoais dos autores da infração. *Condicionada*, quando importa em obrigações ao beneficiado; e *incondicionada*, quando concedida sem condições. E, ainda, *irrestrita*, quando inclui os crimes conexos; e *restrita*, não incluindo os crimes conexos.

Nucci (2007, p. 987) segue caminho semelhante e comprara a anistia à

²²⁴ A Constituição Federal de 1988 refere-se especificamente à anistia, concedida pelo Congresso Nacional (art. 48, VIII), bem como o indulto e à comutação de penas, outorgadas pelo Presidente da República (art. 84, XII). De outro lado, enquanto o Código Penal prevê como causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça e o indulto (art. 107, II), a Lei de Execução Penal menciona apenas a primeira e o último. Por seu turno, a Constituição Federal refere-se à graça e à anistia para proibi-las em determinados crimes (art. 5º, XLIII).

abolitio criminis. Ressaltando que, embora concedida a anistia, o tipo penal continua a existir abstratamente, “apagam-se os fatos”, e faz desaparecer os efeitos da condenação pela infração. Entretanto, a anistia não faz desaparecer os efeitos civis da sentença penal condenatória, afinal o Estado não pode conceder clemência dispondo direitos de terceiros. Além do que, o próprio Código de Processo Penal, declara a possibilidade de ação civil, quando declarada extinta a punibilidade (art. 67, II) (MIRABETE, 2004, p. 782).

O indulto individual presta-se a corrigir erro judiciário ou premiar ato de heroísmo praticado pelo condenado no decorrer da execução da pena. É de competência do Presidente da República²²⁵, podendo derivar de pedido do próprio condenado, ou do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art. 188, da LEP). Já o indulto coletivo, pode ser utilizado como forma de política criminal, possibilitando a diminuição da população carcerária, através de Decreto do Presidente da República, com imposição de condições, a serem examinadas pelo juiz da execução (NUCCI, 2007, p. 987).

A Constituição Federal, no art. 84, XII, menciona o indulto e a comutação. Havendo perdão de pena no indulto, e redução ou substituição por outra menos gravosa na comutação. O decreto estabelece seus efeitos, portanto, somente as penas nele mencionadas serão consideradas extintas, restando íntegros todos os demais efeitos da condenação.

5.6.1 Anistia e Indulto: procedimento

A anistia será concedida por lei do Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República (art. 48, VII, da CF), havendo impossibilidade de sua concessão quando aos crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII, da CF, e art. 2º, I, primeira parte,

²²⁵ Competente para indultar é o Presidente da República, mas pode ele delegar a atribuição a Ministro de Estado ou outra autoridade (art. 84, inciso XII, e parágrafo único, da CF) (Idem, p. 786).

da Lei 8.072/90).

Conforme mencionado no item anterior, a anistia pode ser condicionada ou incondicionada, cabendo ao juiz da execução, sendo imprópria, ou seja, concedida após o trânsito em julgado da condenação, a análise de seu alcance perante os condenados pelos fatos anistiados, para a declaração da extinção da punibilidade. Ressaltando que as condições impostas deverão contar com a aceitação do condenado, que não está obrigado a suportá-las, podendo optar por não se beneficiar.

No que diz respeito à legitimidade para propor a extinção da punibilidade em razão da anistia, não há qualquer limitação, podendo haver iniciativa do juiz, do condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, e da autoridade administrativa. Sempre se obedecendo ao procedimento legal, estabelecido pela LEP, a fim de conceder às partes a oportunidade de manifestação e, inclusive, de produção de provas, no interesse de se comprovar a presença ou não dos requisitos essenciais à anistia concedida, e cabendo agravo em execução, em razão da decisão proferida.

A LEP, nos arts. 188 a 193, estabelece normas para o procedimento relativo ao indulto individual e coletivo. Estabelecendo a submissão do pedido à apreciação do Conselho Penitenciário (art. 189)²²⁶, que poderá, inclusive, promover as diligências necessárias para o esclarecimento de formalidades ou circunstâncias omitidas na petição e sobre elementos subjetivos, como a vida pregressa ou prisional do condenado (MIRABETE, 2007, p. 805).

No art. 189, da LEP, exclui-se a possibilidade de pedido de indulto

²²⁶ O Conselho Penitenciário estadual deve obrigatoriamente manifestar-se com antecedência nos pedidos de indulto e comutação de penas (LEP, art. 70, I). Não se deve esquecer a importância até mesmo política da participação dos Conselhos Penitenciários no processo de execução penal: antecipam eles a participação da própria comunidade no processo de execução que, assim, sem perder as garantias próprias de seu estágio jurisdicional, passa a anunciar uma fase ainda mais evoluída, onde a comunidade possa reivindicar para si também as graves responsabilidades para com a sorte e reinserção social dos condenados. Pese a formalidade inerente à oitiva de mais de um órgão da execução, porventura acarretando algum atraso no processamento judicial, trata-se de objetivar um democrático e sadio pluralismo no processo de execução penal que, por sua eloqüente natureza, não pode ser tratado como uma questão que diga respeito exclusivamente a Juízes, Promotores de Justiça e Advogados (MARTINS, 1998, p. 384).

individual por iniciativa do juiz da execução. Evidentemente, o Ministério Público terá a oportunidade de manifestação sobre o pedido de indulto, podendo, inclusive, produzir as provas necessárias à comprovação dos seus argumentos²²⁷.

Também no caso de indulto, procedimento judicial previsto na LEP, não pode ser deixado de lado em favor de outros meios, como por exemplo, o *habeas corpus*, pois “a exemplo do que já se verificou quando a outros institutos de execução penal, a ação de *habeas corpus* não é meio idôneo para o condenado postular a concessão de indulto ou da comutação” (MARTINS, 1998, p. 386).

Após a formação dos autos, com todas as informações oferecidas pelo condenado, Ministério Público e Conselho Penitenciário²²⁸, serão enviados ao Ministério da Justiça, para autuação e submissão ao Presidente da República (art. 189, 190 e 191, da LEP). Havendo a concessão do indulto ou comutação da pena, pelo Presidente da República, o juiz da execução declarará extinta a pena indultada, ou ajustará a pena comutada (art. 192, da LEP).

É usual a concessão, uma vez ao ano, de indulto coletivo, por meio de Decreto Presidencial, que esclarece o alcance e eventuais condições de concessão do benefício. Reservando-se o indulto individual aos casos especialíssimos, mormente no que diz respeito à clemência em razão de estado de saúde seriamente comprometido, o chamado indulto humanitário.

²²⁷ Concessão sem parecer do Ministério Público após vista dos autos – TACRSP: “Incorre nulidade da decisão que concede indulto sem o pronunciamento do Ministério Público sobre o mérito do pedido, se houver resguardo e atendimento à garantia do contraditório, com oferecimento de oportunidades ao *Parquet* para se manifestar e nas quais deixou ele de se pronunciar sobre o benefício, sendo certo que, pelo princípio da eventualidade, mostrava-se adequada a manifestação ministerial plena naquelas ocasiões” (RJTACRIM 45/55) (MIRABETE, 2004, p. 811).

“Conforme dezenas de precedentes deste Tribunal, não comete ilegalidade o juiz que, em vista de requerimento do promotor de justiça, sem manifestação de mérito, logo aprecia o funda da pretensão pois, se o órgão competente limita-se e requerer diligências sem ferir o mérito, expõe-se a ver a causa decidida pelo mérito íntimo” (TJSP, 6ª C. Crim.; Ag. 91.431-3, São Paulo; j. 04.07.1990, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.) (MARTINS, 1998, p. 386).

²²⁸ Tratando-se de procedimento que teve início a pedido de qualquer das partes, deve esta providenciar sua exata instrução, socorrendo-se do Juízo da execução penal apenas quando justificadamente não tiver como superar os obstáculos porventura surgidos (Idem, p. 385).

Segundo o art. 193, da LEP, sendo o condenado beneficiado por indulto coletivo, o juiz de ofício, ou a requerimento do próprio condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa, declarará extinta, em caso de indulto pleno, ou ajustará a pena, em caso de comutação.

Não há dúvida de que, para tanto, o juiz deverá obedecer ao procedimento judicial. Mormente porque os indultos coletivos são destinados a condenados em situações específicas, que muitas vezes necessitam de comprovação por meio de diligências e outras provas, a saber, bom comportamento carcerário, indicação através de exame criminológico, e estado de saúde comprometido por doença grave em estágio avançado, por exemplo.

Da decisão que declarar extinta a pena, ou ajustá-la, de acordo com a comutação concedida, caberá agravo em execução.

5.7 Outros incidentes

O Título VII, da LEP, trata dos incidentes de execução e enumera as conversões, o excesso e o desvio, a anistia e o indulto. Entretanto, não esgota as possibilidades de incidentes de execução, pois como já se disse o incidente “pode provir de toda e qualquer matéria atinente à execução, prevista no ordenamento material, de modo que a enumeração da Lei de Execução Penal não é, do ponto de vista material, *numerus clausus*” (BENETI, 1996, p. 129).

Partindo disso, analisar-se-ão, adiante, outros incidentes possíveis e comuns na execução penal de sentença condenatória.

5.7.1 Aplicação da lei mais benigna: procedimento

Segundo a CF, no art. 5º, XL, a lei penal somente terá efeito retroativo, se for benéfica ao réu. Tal disposição é ampliada pelo CP, ao dispor, no art. 2º, parágrafo único, que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, será aplicada a fatos anteriores, mesmo que decididos de forma definitiva. A LEP, no art. 66, I, estabelece a competência ao juiz da execução, para aplicação de lei nova, que de qualquer modo favorecer o condenado.

Sobrevindo lei que favoreça o condenado, será instaurado, por iniciativa do juiz, do condenado, do Ministério Público, ou proposta de outro órgão da execução penal, o procedimento judicial, estabelecido na LEP, para apreciação da possibilidade real de aplicação do novo dispositivo legal, cabendo agravo em execução da decisão proferida.

Em regra, somente será possível a apreciação da aplicabilidade da lei nova ao condenado, por meio do procedimento judicial previsto na LEP²²⁹. Entretanto, haverá situações excepcionais, em que não se pode afastar o *habeas corpus*, por exemplo, como forma de fazer cessar constrangimento ilegal em casos de *abolitio criminis* (Idem, p. 188).

5.7.2 Unificação de penas: procedimento

A LEP, no art. 66, III, letra “a”, estabelece a competência ao juiz da execução, para decidir sobre a soma ou unificação de penas. Segundo Beneti (1996, p. 139), “o instituto é marcadamente de direito material, à incidência da figura do crime continuado (CP, art. 71)”. Entretanto, uma vez processado perante o juízo da execução, o seu deferimento

²²⁹ Inadmissibilidade do *habeas corpus* para decisão sobre aplicação da lei mais benigna – STF: “Tratando-se de alegação relativa à aplicação de lei posterior ao trânsito em julgado da condenação, a qual se pretende seja ‘lex mitior’, sendo competente para apreciá-la o Juízo das Execuções Criminais (Súmula 611), não tendo, portanto, esta Corte competência para aplicá-la, originariamente, em *habeas corpus*. *Habeas corpus* conhecido em parte, e nela indeferido” (JSFT 206/322). STJ: “A aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, tem via e endereços próprios, fazendo-se estranha ao *habeas corpus*, nesse passo (Lei de Execução Penal, art. 66, inciso I). *Habeas corpus* não conhecido” (HC 9.301/RJ, DJU de 30-8-99, p. 78) (MIRABETE, 2004, p. 189).

ou indeferimento, ensejará incidente de execução, em razão do excesso ou desvio, com base na LEP, art. 185.

Mirabete (2004, p. 195) ressalta que a unificação de penas se constitui em incidente de execução, por reduzir a duração das penas anteriormente aplicadas. Sendo competente, para sua apreciação, o juiz da execução, portanto, inviável análise por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal²³⁰. Entretanto, há decisões em contrário, especialmente, quando há indeferimento da unificação de penas com base exclusivamente em matéria de direito, conforme esclarece Martins (1997, p. 271)²³¹.

Por tratar-se de incidente de execução, o deferimento ou indeferimento do pedido de unificação de penas em fase de execução, ensejará agravo em execução, art. 197, da LEP²³².

²³⁰ Inadmissibilidade de *habeas corpus* para apreciar pedido de unificação de penas – STF: “Pena – Unificação – Pedido formulado através de *habeas corpus* – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 66, III, *a*, da LEP (Lei 7.210/84). (...) O pedido de unificação de penas deve ser dirigido, originariamente, ao Juízo das Execuções Criminais (art. 66, III, *a*, da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84). Caso o pedido de unificação de penas tenha sido indeferido anteriormente pelo Juiz e ainda que confirmado em grau de recurso, ou negado em sede de revisão criminal pelo Tribunal, cabe sua reiteração com a alegação de ‘fato novo’, como é a concessão posterior do benefício ao co-réu (RT 730/455) (Idem, p. 196-197).

Inadmissibilidade de inclusão de outras penas em *habeas corpus* após unificação pelo juiz da execução – STF: “Penal – Processual Penal. *Habeas corpus* – Unificação de penas – Processo já concluído – Pretensão de inclusão de outras penas: impossibilidade – Criminoso habitual – Exame de provas. Pretensão de, no processo de unificação de penas, já concluído, incluir outras penas: impossibilidade” (HC 77.813-6, DJU de 26-3-99, p. 3).

Inadmissibilidade de unificação de penas em revisão criminal – TJSC: “Revisão criminal – Pedido de unificação das penas – Matéria afeta ao Juízo da Execução, em Primeira Instância. Não conhecimento. ‘Sendo um incidente da execução, passível de recurso voluntário (art. 581, XVII), a unificação das penas deve ser requerida em Primeiro Grau de Jurisdição’ (Desa. Thereza Tang, *JC* 40/537)” (JCAT 74/619). TACRSP: “Pena – Unificação – Pedido formulado através de revisão criminal – Meio inábil – Não conhecimento – Inteligência do art. 51, § 2º, do CP de 1940 (atual art. 71 do CP vigente, com a redação da Lei 7.209/84). A revisão criminal não é meio hábil para a obtenção da unificação de penas, com base no art. 51, § 2º, do CP de 1940, atual art. 71 (Lei 7.209/84)” (RT 609/352) (Idem, p. 196-197).

²³¹ “*Habeas Corpus* parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada” (STF – HC 68.661-3 – rel. Sepúlveda Pertence – *DJU* 27.09.1991, p. 13.325).

“*Habeas corpus* – Crime de roubo qualificado em diversos apartamentos do mesmo edifício – Ocorrência de crime continuado qualificado (CP, parágrafo único do art. 71). Presente a pluralidade de condutas e a de crimes dolosos da mesma espécie, praticados com emprego de armas, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, ocorre a hipótese de crime continuado qualificado, ou específico, previsto no parágrafo único do art. 71 do CP. *Habeas corpus* conhecido e parcialmente deferido, para, mantida a condenação, anular a sentença na parte relativa à fixação da pena, devendo outra ser proferida, considerando-se configurada a hipótese de continuidade delitiva estendendo-se esta decisão aos demais co-réus (CPP, art. 580; Precedente)” (STF – HC 72.280-6 – rel. Maurício Corrêa – *DJU* 26.04.1996, p. 13.114).

²³² Recurso da decisão sobre unificação de penas: agravo em execução – TJSP: “Recurso crime – Sentido estrito – Interposição da decisão que concede unificação de penas – Conhecimento como agravo – Aplicação do art. 197 da Lei 7.210/84. Nos termos do art. 197 da Lei de Execução Penal, o recurso cabível da decisão que julga

5.7.3 Autorizações de saída: procedimento

Os arts. 120 a 125, da LEP, prevêm as autorizações de saída dos condenados dos estabelecimentos onde cumprem penas. Dividem-se, em *permissões de saída* (arts. 120 e 121, da LEP), fundadas em razões humanitárias, e *saídas temporárias* (arts. 123 a 125, da LEP), tendentes a propiciar contato do preso com o mundo exterior. Auxiliado no processo de integração social, intimamente ligadas à individualização da pena, pois, dependem de requisitos subjetivos, ligados ao mérito do condenado, e podem ser revogadas, a qualquer tempo, por comportamento inadequado do beneficiário.

A *permissão de saída* do condenado ou preso provisório, que se encontra em regime fechado ou semi-aberto, dependerá de escolta, e será permitida em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão, ou ainda, em virtude de necessidade de tratamento médico, quando o estabelecimento não reunir condições de oferecer os cuidados devidos, terá a duração necessário ao fim a que se destina, e será autorizada pelo diretor do estabelecimento penitenciário.

A *saída temporária*, que somente será concedida ao preso em regime semi-aberto, independe de vigilância, e será concedida para visita à família, freqüência a curso profissionalizante, ou instrução de segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da execução, ou, ainda, para participação em atividades que contribuam para a reintegração social. Dependerá de comportamento adequado, cumprimento de um sexto da pena, caso seja primário o condenado, ou um quarto, caso seja reincidente, e compatibilidade da medida com os objetivos da pena, será concedida pelo juiz da execução, ouvindo-se o MP e a autoridade penitenciária.

Esses direitos fazem parte dos direitos fundamentais do sentenciado,

incidente de execução é o agravo” (RT 610/308). No mesmo sentido, TJSP: RJTJESP 99/417 e 474, 100/436 (Idem, p. 198).

amparados pelo ordenamento jurídico, e “podem servir de base à alegação de excesso ou desvio, a impor, com fundamento no art. 185 da Lei de Execução Penal, o exame jurisdicional em incidente em execução” (BENETI, 1996, p. 141).

5.7.4 Remição de pena: procedimento

A remição de pena, prevista nos arts. 126 a 130, da LEP, importa no desconto do tempo de pena privativa de liberdade pelo trabalho, na proporção de um dia de pena para três dias de trabalho, com jornada mínima de seis horas, para presos em regime fechado ou semi-aberto. Segundo Beneti (Idem, p. 137), é fonte de inúmeros incidentes de execução, pelo fato de causar alteração na liquidação da pena.

A grande discussão em torno do instituto da remição de pena decorre do disposto no art. 127, da LEP, que prevê a perda dos dias anteriormente remidos em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, iniciando, a partir da data da falta, um novo período de contagem de tempo de trabalho para efeito de remição.

De um lado defende-se que a perda dos dias remidos, já declarados judicialmente, por decisão transitada em julgado, implicaria em ofensa ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF, que garante respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito, e à coisa julgada. Adeptos dessa orientação, Beneti²³³ e Silva e Boschi (1986, p. 130). Contrários, pelo argumento da presença da cláusula *rebus sic stantibus* na execução penal, Mirabete (2004, p. 532) que cita, ainda, Sérgio Nunes Coelho e Daniel Prado da Silveira, e Nucci (2007, p. 977) que menciona o triunfo desse posicionamento na jurisprudência, e reconhece excessivo rigor na medida, mas que, somente pode ser alterado por disposição legal.

²³³ A decisão que defere a remição opera a preclusão, não mais podendo ser revista se ultrapassada a possibilidade de interposição do recurso adequado (Idem, p. 138).

A concessão da remição de pena, bem como, eventual declaração de perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave, deverão obedecer ao procedimento judicial típico previsto na LEP, sob pena de nulidade da decisão²³⁴. Embora seja muito comum a discussão, em sede de *habeas corpus*, acerca da constitucionalidade do dispositivo que determina a declaração de perda dos dias remidos em caso de cometimento de falta grave²³⁵.

5.7.5 Alteração da forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana: procedimento

Segundo o disposto no art. 147, da LEP, o juiz poderá, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, a fim de ajustá-las às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, entidade ou programa comunitário ou estatal.

Realmente a pena restritiva escolhida pode não ser a mais adequada ao sentenciado. Assim como, alterações posteriores nas suas condições pessoais do condenado podem indicar isso. Além de que sempre é possível que as características do estabelecimento, entidade ou programa tenham que ser alteradas, de forma a ser necessária a alteração da forma de cumprimento da sanção penal restritiva.

Será, evidentemente, incidente em execução, já que após o trânsito em

²³⁴ Não faz menção a lei a qualquer limitação ao número e ao momento próprio para o condenado requerer a remição. Deduz-se, em consequência, que pode ele requerê-la a qualquer tempo, com referência aos dias de trabalho realizado até o mês anterior, já que a remessa de cópia do registro pela autoridade administrativa ao juiz da execução é mensal. O juiz da execução terá consigo as cópias dos registros mensais, podendo assim conceder o benefício. A remição, como direito subjetivo do condenado, pode ser declarada *de ofício* pelo magistrado, mas, em qualquer hipótese, deve ser ouvido o Ministério Público (MIRABETE, 2004, p. 549).

²³⁵ Perda do direito à remição pela prática de falta disciplinar grave – STJ: “Pena – Remição – Cometimento de falta grave – Perda do período trabalhado – Admissibilidade – Aplicação do art. 127 da Lei 2.210/84. (...) O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde, *ex vi* do art. 127 da LEP, o direito a remição do período de trabalho ao cometer falta grave” (RT 769/535). STF: “(...) *Habeas corpus*. Penal. Processo Penal. Execução da pena. Remição. Falta grave. Regressão de regime. O condenado que comete falta grave no cumprimento de pena, sofre a regressão de regime. Ele perde os dias que tenha remido. *Habeas corpus* indeferido” (HC 78.037-0-SP – DJU de 17-11-2000, p 10) (Idem, p. 533).

julgado da condenação o juízo de execução é que promoverá a execução do título, sendo o responsável a partir de então, para a solução das questões supervenientes.

Terão legitimidade para iniciar o incidente, além das partes, condenado e MP, o próprio juiz de ofício, impulsionado pelas informações que recebe sobre a execução da pena (art. 150 e 153, ambos da LEP), além do Conselho Penitenciário (art. 69, da LEP) e do Patronato (art. 79, II, da LEP).

O incidente será processado na forma descrita para o procedimento judicial na execução penal, obedecendo ao contraditório, à possibilidade de produção de provas, a fim de comprovar as condições que ensejam a alteração na forma de cumprimento da pena, bem como, a interposição de agravo em face da decisão, necessariamente motivada.

5.7.6 Extinção de pena e de medida de segurança: procedimento

O processo de execução penal se encerra com a incidência de causas ordinárias ou extraordinárias. As causas ordinárias são o cumprimento da pena ou o levantamento da medida de segurança, já as causas extraordinárias, comuns à pena e medida de segurança, são várias e entre elas estão a morte do sentenciado, a prescrição, a anistia e o indulto, a lei mais benéfica, e anulação do título penal (BENETI, 1996, p. 97-98).

As causas ordinárias não ensejam incidente de execução, por tratar de desdobramento normal de decisão condenatória ou que impõe a medida de segurança. Por outro lado, as causas extraordinárias, embora, em regra, também não ensejam incidente de execução, podem, entretanto, depender de apreciação mais acurada da sua presença no caso concreto, ensejando o incidente²³⁶, com todas as suas conseqüências, inclusive o cabimento do

²³⁶ Essas causas geram a conseqüência processual da extinção do processo, sem, no entanto, se classificarem, em princípio, como geradoras de incidentes processuais, porque, ao reconhecimento da presença de uma das causas de extinção simplesmente se segue o provimento jurisdicional da extinção do processo de execução, providência de encerramento normal ao sistema, a ponto de não necessitar de destaque procedimental na Lei de Execução

agravo em execução no caso de inconformismo de uma das partes.

Note-se que algumas das causas de encerramento do processo de execução, estão previstas como incidentes nominados, como a anistia e o indulto. Porém, há outras, como a prescrição, a anulação do título penal, a anulação do casamento no crime de bigamia (art. 235, § 2º), o decurso do prazo no *sursis* ou livramento condicional (art. 82 e 90, do CP), onde podem ser suscitadas dúvidas ensejadoras da necessidade de comprovação por meio do procedimento judicial previsto na LEP.

Penal, até porque, a rigor, terminada a agressão a bem jurídico do sentenciado submetido pelo título executivo, apenas se tem de suprimir, imediatamente, a restrição, sem necessidade de regramento a outro respeito. A excepcionalidade da restrição penal a direito exaure-se por si própria, seguida, incontinenti, de conseqüências práticas de restabelecimento da incolumidade jurídica da pessoa antes condenada ou sujeita à medida de segurança (Idem, p. 9).

CONCLUSÕES

O trabalho objetivou analisar o procedimento a ser adotado na execução penal. De forma a responder, adequadamente, às questões que se colocam, diante da condição de sujeição em que se encontra o condenado criminalmente, em face da necessária obediência aos princípios norteadores do *jus puniendi* Estatal, dentro de um contexto de conformidade entre a ordem constitucional e processual vigentes no país.

Ao analisar a evolução histórica do procedimento, necessariamente, por meio da evolução do Direito Processual, chega-se à constatação de que, atualmente, visto o processo como entidade complexa, o procedimento passa a ser encarado como verdadeiro direito, incluído entre os direitos a ações positivas do Estado. Indispensável, inclusive, como fator necessário à legitimação das decisões do Estado, enquanto encarregado de solucionar os conflitos de interesse surgidos na sociedade, por garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A execução da sentença penal condenatória, somente, estará de acordo com o ordenamento constitucional, pautado pelo respeito à dignidade da pessoa humana, se for desenvolvida por meio de atuação jurisdicional do Estado, por intermédio de procedimentos elaborados com respeito aos paradigmas do moderno processo penal.

Por intermédio do estabelecimento de um procedimento-modelo, pode-se verificar a presença dos paradigmas processuais, indispensáveis ao cumprimento das finalidades da execução penal, consistentes em propiciar o cumprimento da sanção imposta, sem o comprometimento dos direitos não atingidos, de forma a incutir no sentenciado e na sociedade, a idéia de punição pelo mal praticado, aliada ao respeito incondicional ao rol de direitos não restringidos pela condenação.

Em se tratando de ação de conhecimento, o procedimento, condizente com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual Penal, considerando-se o arcabouço

dos ditames constitucionais vigentes, para ser eficiente e, ao mesmo tempo respeitar as garantias oferecidas aos acusados, deve respeitar, ao menos, aos consectários dos princípios da imparcialidade, acusatório, da ampla defesa, da igualdade, e do contraditório. Assim, o primeiro ato deve consubstanciar a delimitação da acusação e pretensão de condenação, apresentado por sujeito distinto do juiz. Os atos da ordem procedimental devem possibilitar atuação imparcial do juiz, mesmo que possa intervir na iniciativa de produção de provas; atuação contraditória e em igualdade de condições entre as partes, com a ressalva da necessidade de se garantir à defesa meios eficazes de contrariar aos atos praticados pela acusação; após a reação defensiva à acusação deve ser estabelecido um momento adequado para as partes produzirem as provas anteriormente requeridas, pelos meios lícitamente possíveis; o julgamento da pretensão acusatória não pode prescindir da oportunidade às partes de criticar o conjunto probatório, de forma a influenciar no convencimento do juiz.

Na execução penal jurisdicionalizada, os princípios da legalidade, da personalidade, da isonomia, da proporcionalidade, e da humanidade, apresentam especial relevância devendo nortear sua existência. O procedimento-modelo na execução penal, para ser eficiente e garantista, da mesma forma como ocorre na fase de conhecimento, deve respeitar aos paradigmas do processo penal, adequando-se à especial situação a ela inerente, por meio da concentração, informalidade e celeridade, sem perder de vista a necessária observância aos princípios da imparcialidade, acusatório, da ampla defesa, da igualdade, e do contraditório. Assim, podem-se identificar a fase de delimitação da pretensão, com a particularidade de se conferir legitimidade ativa, para as partes, condenado e Ministério Público, além dos demais órgãos atuantes na execução penal, Conselho Penitenciário e autoridade administrativa, que podem propor a instauração do procedimento, e especialmente, a possibilidade de atuação de ofício do juiz de execução, que também exerce a função de corregedor; uma segunda fase, destinada à instrução probatória, que pode ser dispensada, caso

não haja prova a ser produzida; e, por fim, uma fase de julgamento, respeitando-se o direito de crítica às provas, eventualmente, produzidas, além de decisão, necessariamente, motivada, a fim de possibilitar o exercício de recurso. É de se registrar que a atuação do juiz deve ser imparcial, mesmo tendo ele iniciado o procedimento por iniciativa própria, e os atos devem possibilitar a contraditória e igualitária participação das partes, respeitando-se o direito do condenado de utilizar de recursos eficazes para contrariar a atuação do acusador, a exemplo daquilo que se exige para o procedimento na fase de conhecimento.

As decisões na fase de execução penal, nem sempre terão força de coisa julgada material, pela presença na sentença penal condenatória da cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita alterações decorrentes da interferência do processo de interação social a que se submete o condenado.

A pena privativa de liberdade se justifica pela necessidade de repressão e prevenção ao crime, e, em último caso, pela necessária segregação de pessoas irrecuperáveis, que será feita por meio das medidas de segurança, quando envolver inimputáveis. Em razão disso será eficiente o procedimento adotado para sua execução, quando possibilitar por meio das fases determinadas para tanto, a repressão da conduta criminosa e a reinserção social do condenado; e será garantista, à medida que não limitar nenhum direito, além dos exatos limites do título executivo, consistente na sentença penal condenatória.

As penas restritivas de direitos surgiram como alternativa, diante do fracasso das penas privativas de liberdade no seu intento punitivo-ressocializador, principalmente, para evitar os efeitos deletérios da prisão, aos condenados a penas curtas, pela prática de crimes de pequena gravidade. Portanto, além do fim de repressão e prevenção, objetivo maior da sanção penal, buscam evitar os efeitos prejudiciais atribuídos à privação da liberdade. Neste sentido, considera-se eficiente o procedimento que possibilite a execução das

penas restritivas de direito, de forma a punir o delinqüente e possibilitar a sua reinserção social, sem, contudo, contaminá-lo com a convivência prisional.

A multa, enquanto sanção penal, pode ser aplicada de forma isolada, como pena principal, cumulada com a pena privativa de liberdade, ou ainda, de forma substitutiva, ganhando, neste caso, conotação idêntica as penas restritivas de direito, evitando-se os efeitos deletérios da prisão. Quando utilizada como única forma de punição ou cumulada com outra, a pena de multa tem a especial característica de atingir o patrimônio do delinqüente, bem jurídico que muitas vezes é a causa determinante da conduta delituosa, de forma utilizar meio de maior eficácia na repressão e prevenção do crime. Diante disso, será eficiente o procedimento, quando for apto a cumprir as finalidades da sanção penal, consistentes na repressão e prevenção do crime, bem como, de evitar os efeitos negativos da prisão, quando desnecessária.

O incidente de execução é ocorrência muito comum, em virtude da presença da cláusula *rebus sic stantibus* na sentença penal condenatória e das vicissitudes do cumprimento da sanção penal. Em razão da jurisdicionalização da execução penal, o incidente será necessariamente submetido ao procedimento judicial previsto na LEP, com respeito a todas as suas características, até porque não há previsão de qualquer outro.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. *Problemas processuais da execução penal*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, a. IV, n. 14, p. 79-93, jul./set. 1966.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA FONSECA, Jorge Carlos de. *A execução das sanções criminais em Cabo Verde: uma perspectiva retomada*. Praia: Universal Frontier, 2005.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. rev., amp. e atu. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no brasil e na américa latina*. São Paulo: Editora Método, 2001.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da lep pela lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 12, n. 48, p. 179-193, mai./jun. 2004.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BÁRTOLI, Márcio. *Sobre a aplicação da pena de multa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 3, n. 12, p. 138-143, out./dez. 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. amp. e atu. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal – uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella; SILVA, Odir Odilon Pinto da. *Comentários á lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide Editora e Comércio de Livros, 1986.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAFFARENA, Borja Mapelli. *Ejecución y proceso penal*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. São José, a. 10, n. 15, p. 35-40, dez. 1998.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores de Puerto, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. v. I. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Sistema de direito processual civil*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 12, n. 50, p. 91-147, set./out. 2004.

CASTILHO, Ela Weicko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. *Execução penal crítica – tópicos preliminares*. Pelotas: Educat, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da constituição. Temas escolhidos*. São Paulo: Edipro, 1999.

_____. *Penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 89, v. 777, p. 453/471, jul.

2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *A jurisdicionalização do processo de execução penal – o contraditório e a ampla defesa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 3, n. 9, p. 115-132, jan./mar. 1995.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge Andrés. *El proceso penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales*. 2. ed. Atualizada por Pedro J. Bertolino. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.

_____. *Derecho procesal penal*. Tomo III. Atualizado por Jorge Raúl Montero. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (coords.). *Profilli del nuovo codici di procedura penale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1996.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Roma: Giuffrè Editore, 1983.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.

DALBORA, José Luiz Guzmán. *Diagnóstico y perspectivas del binomio judicialización-jurisdicionalización, en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 6, n. 22, p. 348-359, abr./jun. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno I*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno I*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Execução jurídico-penal ou ético penal? competência para a execução da multa do art. 51, código penal*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

DOTTI, René Ariel. *O direito de execução penal e as sete cabeças de hidra*. Ciência Penal. Rio de Janeiro, v. IV, n. 1, p. 99-125, 1979.

_____. *Processo penal executório*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 20, p. 77-103, jun. 1983.

_____. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Textos antigos; crise permanente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São

Paulo, a. 6, n. 21, p. 207-230, jan./mar. 1998.

ENCINAS, Emilio Eiranova (coord.). *Código penal alemán StGB, código procesal alemán StPO*. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. v. I. Campinas: Bookseller, 2000a.

_____. *Código de processo penal brasileiro anotado*. v. IV. Campinas: Bookseller, 2000b.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GIANZI, Giuseppe. *L'incidente nella esecuzione penale*. Napoli: Morano Editore, 1965.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O processo de execução penal*. Bagé: Edições FUnBA, 1982.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio. *A reforma do processo penal brasileiro*. Justitia, São Paulo, v. 52, n. 150, p. 40/46, abr./jun. 1990.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia (coords.). *Reforma criminal/comentários às leis: Lei 10.695/2003 (crimes contra a propriedade imaterial).../* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed., rev. e atu. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa em cem julgados do tribunal de alçada criminal de São Paulo*. São Paulo: Editora Max Lomonad, 1985.

_____, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). *Execução Penal (Lei 7210, de 11 de julho de 1984) Mesas de processo penal. Doutrina, jurisprudência e súmula*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1987.

_____, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, a. 4, v. 4, n. 3, p. 3-21, jul./ago./set. 1991.

_____. *A instrução processual penal em ibero-américa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 2, n. 6, p. 72-86, abr./jun. 1994.

_____. *Processo penal transacional: linhas evolutivas e garantias processuais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 3, n. 9, p. 40-83, jan./mar. 1995.

_____ et al. *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1996.

_____, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 2. ed. rev. e atu., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000a.

_____, SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b.

_____ et al. *Juizados especiais criminais comentários da lei 9099, de 26/09/1995*. 5. ed. rev., atu. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 1998.

HENDLER, Edmundo Samuel (dir.). *Sistemas procesales penales comparados: los sistemas nacionales europeos: temas processales comparados*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

_____ (comp.). *Lãs garantias penales y procesales – enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael et al. *Derecho procesal penal*. 5. ed. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Dos direitos humanos do preso*. Franca: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2005.

KAUFMANN, Hilde. *Criminología ejecución penal y terapia social*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (orgs.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

KUEHNE, Maurício. *Doutrina e prática da execução penal*. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

_____. *Alterações à execução penal: primeiras impressões*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Paulo, v. 1, n. 17, p. 100-135, jul./dez. 2004.

LEAL, César Barros. *Prisão crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. São Paulo, v. 1, nº 12, p. 127-140, jul./1998 dez./1999.

LIMONGI, Celso Luiz. Direitos humanos e execução penal. In: *Direitos humanos visões contemporâneas*. Associação Juízes para democracia, São Paulo, 2001.

MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de execução penal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. atu. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atu. v. I. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MARRONE, José Marcos. *Há jurisdição na execução penal*. Justitia. São Paulo, v. 44, n. 116, p. 82-96, jan./mar. 1982.

MARTINS, Sérgio Mazina. *Jurisprudência organizada e comentada: execução penal, parte II*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 417-499, out./dez. 1997.

_____. *Jurisprudência organizada e comentada: execução penal, parte III*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 6, n. 21, p. 329-400, jan./mar. 1998.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Processo de execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 1, n. 2, p. 98-106, abr./jun. 1993.

MELLADO, José Maria Asencio. *Derecho procesal penal*. Valência: Tirant Lo Blanch Libros, 1998.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de et al. (coords.). *Estudos em homenagem a joaquim canuto mendes de almeida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, FABRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*. 24. ed. rev. e atu. v. I. São Paulo: Atlas, 2007.

MOLINÉ, José Cid, PIJOAN, Elena Larrauri (coords.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Recursos em matéria criminal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOURA, Maria Rocha de Assis. *Execução penal e falência do sistema carcerário*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 8, n. 29, p. 351-363, jan./mar. 2000.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1988.

NORONHA, Edgard de Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atu. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de et al. *Considerações sobre a multa em face da lei 9.268/96*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 5, n. 19, p. 95-104, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, João Bosco. *A execução penal. Uma realidade jurídica, social e humana*. São Paulo: Atlas, 1990.

PEREIRA, Luís Miranda. *Tribunal de execução das penas: centro de dinâmica interactiva essencial a uma eficiente execução das sanções penais detentivas*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, a. 2, n. 1, p. 73-84, jan./mar. 1992.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. rev., atu. e amp. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos da execução da pena*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 20, p. 53-66, jun. 1983.

PINA, Antonio López (dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: alemania, española, francia e itália*. Madri: Editorial Civitas, 1991.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords). *Processo penal e constituição federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed., rev., atu. e amp. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRESUTTI, Adonella. *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão, a. XXXVI, p. 129-186. 1993.

QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. *Teria general del proceso*. 3. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

REALI JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

RIFÁ SOLER, José Maria; VALLS GOMBAU, José Francisco. *Derecho procesal penal*. Madri: Iurgium, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Temas fundamentais de execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 6, n. 24, p. 11-37, out./dez. 1998.

_____. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

_____. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Roberto da Rocha. *O princípio da legalidade na execução penal: Uma abordagem crítica à luz do garantismo*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, n. 15, p. 143-161, 2004.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucionais princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed., rev., atu. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANTOS, Paulo Fernando dos. *Aspectos práticos de execução penal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, a. 1, n. 1, p. 47-95, 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Incidente processual - questão incidental – procedimento incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado*. Justitia, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994.

_____. *Execução penal: aspectos jurídicos*. Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. III, p. 23-61, 1999.

_____. *Processo penal constitucional*. 2. ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Hermenêutica na execução penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 10, n. 38, p. 84-121, abr./jun. 2002.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. Madri: Editorial Colex, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Antônio Cláudio Macedo da. *Notas para uma correta interpretação e aplicação das alterações penais das leis 9.268 e 9.269/96*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 5, n. 17, p. 127-131, jan./mar. 1997.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal III*. Lisboa: Editorial Verbo, 1994.

_____. *Curso de processo penal I*. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide Editora e Comércio de Livros, 1986.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal: com referência especial a legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1924.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. *Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da vara das execuções criminais da capital do estado de são paulo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 11, n. 44, p. 267-276, jul./set. 2003.

TONINI, Paolo. *Manuale de procedura penale*. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *A relação jurídica processual*. 2. ed., rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed., rev. e atu. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Princípio e regras da execução de sentença penal*. Revista CEJ, Brasília, v. 3, n. 7, p. 56-67, abr. 1999.

_____. *Teoria do direito processual penal jurisdição, ação e processo penal: estudo sistemático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed., rev. e atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atu. Campinas: Bookseller, 2000.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; PASSOS, Josué Modesto. *O direito de execução penal brasileiro: uma análise à luz do pensamento criminológico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a. 6, n. 23, p. 155-170, jul./set. 1998.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. 2. tir. Tradução: Afonso Celso Rezende. Editora Romana: Campinas, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)