

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

JORGE VIEIRA DA ROCHA JÚNIOR

**REPENSANDO A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE NO BRASIL: INCOMPATIBILIDADE DO
MODELO ADOTADO COM O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO**

Belo Horizonte

2022

JORGE VIEIRA DA ROCHA JÚNIOR

<http://lattes.cnpq.br/4393373339120165>

**REPENSANDO A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
NO BRASIL: INCOMPATIBILIDADE DO MODELO ADOTADO COM
O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Lucas Moraes Martins

Belo Horizonte

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R672r Rocha Júnior, Jorge Vieira da, 1991-
Repensando a execução da pena privativa de liberdade no Brasil: incompatibilidade do modelo adotado com o princípio acusatório / Jorge Vieira da Rocha Júnior. - Belo Horizonte, 2022.

76 f.

Orientador: Lucas Moraes Martins

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2022.

1. Processo penal. 2. Direito Constitucional. 3. Execução penal. I. Título. II. Martins, Lucas Moraes. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 343.8

ATA DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO



Dissertação intitulada "REPENSANDO A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL: INCOMPATIBILIDADE DO MODELO ADOTADO COM O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO" autoria do candidato JORGE VIEIRA DA ROCHA JÚNIOR, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Lucas Moraes Martins – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. André Cordeiro Leal – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior (Universidade Federal de Lavras - UFLA)
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 26 de abril de 2022

Lucas Moraes Martins

Fernando Nogueira Martins Júnior André Cordeiro Leal

 REQUESTED	TITLE	Assinatura de ata e contra-capas Universidade
	FILE NAME	2da655fd-ec98-48ef-9fb3-d91dc725fab6.pdf
	REQUEST ID	signature_request_c40371b0-d75b-48f7-b8f0-
	REQUESTED BY	Claudia Marcia Magalhães
	STATUS	● Completed

Professor (lucasmoraes@fumeo.br)


 SENDED	24/05/2022 18:53:37UTC±0	 SIGNED	24/05/2022 18:53:44UTC±0 152.244.215.128
---	-----------------------------	---	--

Professor (fernando.martins@ufla.br)

 SENDED	26/07/2022 20:11:36UTC±0	 SIGNED	26/07/2022 20:19:55UTC±0 189.89.220.196
---	-----------------------------	---	---

Professor (andreleal28@gmail.com)

 SENDED	26/07/2022 20:19:55UTC±0	 SIGNED	26/07/2022 21:51:35UTC±0 186.213.126.148
---	-----------------------------	---	--

 COMPLETED	26/07/2022 21:51:35 UTC±0 The document has been completed.
--	--

AGRADECIMENTOS

A Deus toda minha gratidão, porque dele vem tudo que amo, tudo que prezo, todas as virtudes que tenho, tudo o que, por Ele e para Ele, faz a vida valer a pena.

Dos maravilhosos presentes que o Criador me deu, agradeço aos meus pais Jorge Vieira da Rocha e Elzi da Penha Silva Rocha, os quais sempre acreditaram em mim e que, desde o meu nascimento, dariam a vida para que eu pudesse trilhar por bons caminhos.

Não posso deixar de agradecer a minha irmã Victória Beatriz Rocha, a qual amo de forma incondicional, aquela que sempre será a minha irmãzinha, minha “nega”, a menininha que quero proteger e cuidar (mesmo que ela não queira).

Na minha jornada, Deus colocou um anjo em minha estrada, que segurou minhas mãos em um período de trevas e, sem querer, me mostrou que a vida podia ser bela e que o amor, além de existir, também é remédio. Esse anjo, o qual chamo de “amor”, é minha esposa, Hellen Brígida Antunes de Oliveira Rocha, mulher que, além da minha gratidão, tem também meu coração.

Recentemente, quase que simultaneamente ao início desta pós-graduação, Papai do Céu me agraciou com a dádiva mais linda e maravilhosa que os meus olhos míopes poderiam contemplar: minha doce, inteligente e linda Giovanna Brígida Antunes Rocha, minha “Gigi”, a garotinha que deu um novo sentido para minha vida, que me faz sorrir até nos dias mais tenebrosos, que adoça até o sabor de horas amargas, que dá cor ao céu mais cinzento, que, com apenas um sorriso, me tira do caos e me leva para o paraíso. Obrigado, minha princesa, é por você tudo que o papai faz ou tenta fazer de bom; é por você.

Sem citar nomes, vez que a lista seria enorme, agradeço a todos os meus familiares, em especial aqueles que acompanham de perto a minha correria e que sempre estão ali para me apoiar (destaco meu sogro Helenísio e minha sogra Neli, que nunca deixaram faltar um cafezinho na hora do cansaço e uma palavra de motivação e fé).

Sou também imensamente grato a todos os meus amigos, dos quais tenho a honra de ser, até o último suspiro, irmão.

Agradeço a todos os professores que tive, todos, sem sombra de dúvidas, são responsáveis pelo pouco que sei e pelo meu interesse em aprender um pouco mais a cada dia.

Por fim, agradeço aos réus que, com advogado, já defendi, sobretudo os presos, especialmente os culpados arrependidos. Esses, por mais vulneráveis que um dia estiveram no cárcere, ensinaram-me a me tornar um ser mais humano, a ter compaixão até dos mais indesejados pela sociedade, a compreender melhor a mensagem da cruz.

“Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos”.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente estudo tem como temática a execução da pena privativa de liberdade no Brasil, execução que, necessariamente, deve ser pautada em garantias constitucionais, disposições da Lei Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), regras da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), bem como em outros diplomas normativos que afetam o tema. O objeto deste trabalho é o exame de compatibilidade da execução das penas privativas de liberdade no Brasil, como ela é feita atualmente, com os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil, dentre eles, o modelo acusatório de processo penal. Para a adequada compreensão do objeto deste estudo, serão apresentadas noções gerais da execução penal no Brasil, da execução das penas privativas de liberdade e dos modelos de processo penal existentes. Ao final, far-se-á um cotejo dos institutos aplicados com as garantias constitucionais vigentes e com o próprio sistema acusatório. Esta pesquisa se justifica pela necessidade de uma maior atenção do legislador e do Poder Público para a execução penal, vez que muito se tem feito quanto às prisões provisórias, mas tem-se desprezados os problemas relacionados às execuções definitivas (o que acabam por agravar o problema de superlotação dos presídios e das violações às garantias constitucionais dos condenados). Como marco teórico, este trabalho encontra seu arrimo no garantismo penal, construção elaborada por Luigi Ferrajoli a qual foi explicitada na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Quanto aos aspectos metodológicos, o trabalho é desenvolvido pela dogmática jurídica, tendo como objetos de estudo a legislação, bibliografia jurídica, artigos científicos, pesquisas realizadas por órgãos públicos, trabalhos acadêmicos e precedentes de tribunais. A principal hipótese, ao final confirmada, é que o modelo de execução das penas privativas de liberdade no Brasil e alguns de seus institutos são incompatíveis com as garantias processuais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o modelo acusatório proposto pela Constituição e, mais recentemente, pelo próprio Código de Processo Penal (art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Processual Penal; Execução Penal; Sistema acusatório; Pena privativa de liberdade.

ABSTRACT

The present study deals with custodial sentence execution in Brazil, which must necessarily be based on constitutional guarantees, Criminal Law provisions (Decree-Law No. 2.848 of December 7, 1940), Criminal Enforcement Law rules (Law No. 7.210 of July 11, 1984), as well as in other normative diplomas that affect the subject. The object of this work is to examine the execution of custodial sentences compatibility in Brazil, as it is currently done, with the Constitution of the Federative Republic of Brazil dictates, among them, the accusatory model of criminal procedure. For a proper understanding of the object of this study, general notions of criminal execution in Brazil, the execution of custodial sentences, and existing models of criminal procedure will be presented. At the end, a comparison will be made between the institutes applied with the current constitutional guarantees and with the accusatory system itself. This research is justified by the need for greater attention from the legislator and the Public Power to the criminal execution, since much has been done regarding provisional arrests, but the problems related to definitive executions have been neglected (which end up aggravating the problem of overcrowding in prisons and frequent convicts constitutional guarantees violations). As theoretical framework, this work finds its support in penal guaranteeism, a construction elaborated by Luigi Ferrajoli, which was explained in his work *Law and Reason: theory of penal guaranteeism*. As for the methodological aspects, this work is developed by legal dogmatics, having as objects of study, legislation, legal bibliography, scientific articles, research carried out by public bodies, academic works and Court precedents. The main hypothesis is that the model of execution of custodial sentences in Brazil and some of its institutes are incompatible with the procedural guarantees established by the Brazilian 1988 Constitution and with the accusatory model proposed by it and, more recently, by the Criminal Procedure Code itself (art. 3-A, added by Law No. 13.964, of 2019).

Keywords: Constitutional Law; Criminal Procedural Code; Penal execution; Accusatory system; Custodial sentence.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CFRB/1988, CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EDD – Estado Democrático de Direito

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execuções Penais

MP – Ministério Público

MJSP – Ministério da Justiça e da Segurança Pública

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEP - Processo de Execução Penal

PPL – Pena Privativa de Liberdade

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL	16
2.1 O QUE É A EXECUÇÃO PENAL.....	16
2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	17
2.3 DOS ENVOLVIDOS NA EXECUÇÃO PENAL E SUAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. 19	
2.3.1 O condenado como figura central da execução.....	19
2.3.2 Do papel da defesa na execução (Defensoria Pública ou defensor constituído)	20
2.3.3 A função do Ministério Público na execução penal.....	21
2.3.4 Do Juízo da Execução.....	22
2.3.5 O Estado (órgãos da administração pública)	23
2.3.6 Do importantíssimo papel da sociedade na execução.....	23
2.3.7 Ofendido como mero espectador.....	25
2.4 DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E DE SEU FUNCIONAMENTO.....	25
2.5 DA URGENTE NECESSIDADE DE SE REFLETIR SOBRE A EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	29
3 DOS SISTEMAS (MODELOS) PROCESSUAIS PENAIS	31
3.1 DO SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO.....	31
3.2 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	32
3.3 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO.....	33
3.4 DO SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELO BRASIL	34
4 EXAME DE COMPATIBILIDADE DO SISTEMA (MODELO) DE EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL PRETENDIDO PELA CONSTITUIÇÃO	36
4.1 DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E DO IMPULSO OFICIAL	36
4.1.1 Da usurpação da função do Ministério Público pelo Magistrado	38
4.1.2 Da inércia do juiz para a promoção da execução penal	40
4.2 DA LACUNA JURISDICIONAL ENTRE O FIM DA AÇÃO PENAL E O INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL	41
4.2.1 Dos problemas da lacuna jurisdicional	43
4.2.2 Do agravamento dos problemas da lacuna jurisdicional em razão da pandemia ...	46

4.2.3 Da não recepção pela Constituição das normas que possibilitaram a existência da lacuna jurisdicional	49
4.3 DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O EXERCÍCIO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO ANTES DA INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA EXECUÇÃO PENAL	50
4.3.1 Da ausência de instrumentos processuais prévios aos efeitos da execução	51
4.3.2 Do <i>Habeas Corpus</i> como panaceia.....	52
4.4 DO ÔNUS PETITÓRIO E PROBATÓRIO PARA O DESLINDE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	55
4.4.1 Da iniciativa para o pleito de progressão de regime e da sistemática adotada	56
4.4.2 Do ônus da prova por parte do condenado	57
4.4.3 Da proposta de sistema progressivo da pena em atenção aos ditames constitucionais	59
4.5 DA DISCIPLINA E DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE FALTAS	60
4.5.1 Dos preceitos constitucionais que deveriam ser observados no processo administrativo para apuração de fato que, simultaneamente, configura crime doloso e falta disciplinar grave.....	62
4.5.2 Do entendimento dos Tribunais Superiores quanto à garantia constitucional da presunção da inocência em processos para apuração de faltas graves pela suposta prática de crime doloso.....	64
4.5.3 Da possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis	66
4.5.4 Comentários finais sobre a disciplina.....	69
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito (EDD), tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e como objetivos a construção de uma sociedade justa, com a devida promoção do bem de todos (art. 3º, I e IV, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

Sendo um EDD, tem-se que o sustentáculo jurídico da República brasileira é sua atual Constituição, a qual assegura a todos uma série de direitos e garantias fundamentais, sendo vedada qualquer distinção entre pessoas ou tratamento discriminatório.

Dentre todos os cidadãos protegidos pela Constituição da República, este trabalho tem seu foco nos condenados, naqueles que tiverem contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, que, apesar de algumas particularidades, também são formalmente protegidos pelos direitos e garantias previstos na matriz do ordenamento jurídico.

Mesmo com o título (rótulo) de condenado imposto pelo Poder Judiciário a um indivíduo que foi acusado e sentenciado por uma infração penal, este não deixa de ser um ser humano, fazendo parte do “todos” contido no *caput* do art. 5º da Lei Fundamental brasileira.

Aos seres humanos (condenados ou não), a Constituição veda qualquer tratamento desumano ou degradante, garante o acesso ao Poder Judiciário quando há lesão ou ameaça de lesão a direito, prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos, assegura que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, garante que aqueles que forem submetidos a qualquer tipo de processo possam exercer o contraditório e a ampla defesa, bem como tenham processos com duração razoável (art. 5º, incisos III, XXXV, XLI, LIV, LV e LXXVIII, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

No que tange ao preso (condenado ou não), além dos direitos e garantias previstos para todos os seres humanos, a Constituição da República assegura expressamente o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

Quanto aos condenados, aqueles seres humanos (presos ou não) que tiveram contra si uma sentença penal condenatória e que, exclusivamente pelo fato julgado (não pela pessoa julgada), perderam a presunção da inocência, a Constituição, além de assegurar todos os demais direitos e garantias fundamentais já mencionados, também garante a intranscendência e a individualização da pena, a existência de estabelecimentos penais distintos para as mais diversas classificações de apenados, bem como a responsabilidade civil do Estado por eventuais erros do judiciário e pelo excesso temporal da prisão fixada em uma sentença (art. 5º, incisos XLV, XLVI, XLVIII e LXXV, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

Obviamente que, em se tratando de condenados, os direitos e garantias constitucionais previstos na Lei Fundamental da República devem ser observados e respeitados após a prolação de uma sentença penal condenatória, em um momento processual denominado execução penal.

Ocorre que, ao contrário do que deveria ser, o indivíduo que tem contra si uma sentença penal condenatória acaba por ter inúmeros direitos e garantias constitucionais negligenciados, seja pelas mazelas do sistema prisional brasileiro (que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, entendeu como de “estado de coisas inconstitucional”) (BRASIL, 2021b), seja pelo tratamento dispensado aos condenados pelo Poder Judiciário, seja pela arcaica e falha legislação que possibilita a violação de direitos fundamentais.

Verdade é que, para com os condenados, todos os Poderes da União e as instituições que deveriam zelar pela efetividade dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal tem falhado drasticamente, o que faz com que sejam imprescindível e urgente uma reflexão a respeito dos problemas vivenciados pelos condenados e a busca por possíveis soluções para os problemas detectados.

Esta dissertação de mestrado tem como temática a execução da pena privativa de liberdade no Brasil, uma fração do sistema punitivo estatal (vez que existem outras espécies de penas que não serão abordadas neste estudo, tais como as penas de perdimento de bens, penas pecuniárias, prestações alternativas e suspensões ou interdições de direitos), execução que merece ser repensada pelo prisma da Constituição da República de 1988.

O objetivo geral da pesquisa é examinar se o modelo de execução das penas privativas de liberdade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (e como esse modelo é operacionalizado) é compatível com os ditames da Constituição, tendo como objetivo específico o exame pontual de compatibilidade de diversos institutos relacionados às penas privativas de liberdade com os preceitos constitucionais.

Como referencial teórico, o presente trabalho adota o garantismo penal, construção do italiano Luigi Ferrajoli, concretizada na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. No sistema garantista de Luigi Ferrajoli, a conduta estatal deve se submeter aos preceitos constitucionais, de modo minimizar o poder punitivo estatal (seja na concepção normativa, na concepção da teoria jurídica da validade e da efetividade, seja na concepção filosófica), impedido arbitrariedades e indevidas incursões nas esferas de liberdades individuais.

O presente trabalho se estrutura em quatro capítulos.

Inicialmente, no capítulo dois, intitulado *Da execução da pena privativa de liberdade no Brasil*, por meio de interpretação do ordenamento jurídico e de conceitos de doutrinadores

que trabalham a temática abordada, busca-se a conceituação da execução penal, a indicação dos envolvidos na execução penal e de suas respectivas funções, a demonstração do sistema de execução das penas privativas de liberdade adotado no Brasil e de como funciona esse sistema, bem como a apresentação da importância de se refletir sobre a execução das penas privativas de liberdade.

No capítulo três, busca-se a exposição dos modelos (sistemas) processuais penais, exposição que conta com a percepção e a demonstração do entendimento de diversos doutrinadores sobre a temática, e de como esses modelos se relacionam com os direitos e garantias constitucionais dos acusados e condenados.

Doravante, no capítulo quatro, é feito o exame de compatibilidade do sistema (modelo) de execução das penas privativas de liberdade no Brasil com o sistema processual penal pretendido pela Constituição e pela legislação vigente.

O capítulo quatro é dividido em diversos pontos da execução penal, sendo abordado o polêmico início da execução, a lacuna jurisdicional existente na gênese do processo executório, dos instrumentos processuais para o exercício de garantias constitucionais de natureza processual, questões relacionadas ao ônus petitorio e probatorio para o deslinde da execução da pena privativa de liberdade, reflexões afetas à disciplina do condenado, até questionamentos sobre a forma com que se termina a execução penal.

Por fim, este trabalho se encerra com a conclusão oriunda das pesquisas realizadas, sendo reforçada a hipótese de que a execução das penas privativas de liberdade no Brasil requer profundas transformações para que se adeque aos preceitos constitucionais.

2 DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

É de suma importância a apresentação de noções sobre o que é a execução penal, o apontamento da existência da controvérsia doutrinária a respeito de sua natureza jurídica, a exposição dos envolvidos na execução e elucidação de suas funções, a explicação de seu modo de funcionamento, bem como as razões pelas quais tem-se por necessária e urgente a reflexão do tema para melhor compreensão deste trabalho.

2.1 O QUE É A EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é o cumprimento da sanção imposta pelo Poder Judiciário a um indivíduo por meio de uma sentença penal transitada em julgado (seja condenatória ou absolutória imprópria, a saber, medida de segurança), após uma ação penal. É a fase processual em que a pena ou medida de segurança aplicada é concretizada.

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Manual de Processo Penal e Execução Penal, aduz que a execução penal “trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal” (2021, p. 19).

Júlio Fabbrini Mirabette e Renato N. Fabbrini conceituam a execução penal da seguinte forma: “A execução penal, em sentido amplo, é a concretização do mandamento contido na sentença criminal, ou seja, o conjunto dos atos judiciais ou administrativos por meio dos quais se faz efetiva a sentença [...]”. (2021, p. 283)

Para regulamentar o cumprimento das condenações criminais (ou absolvições impróprias) existe o chamado Direito da Execução Penal, ramo autônomo do direito que contém um complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal (art. 12 da Exposição de Motivos nº 213, de 09/05/1983).

Noberto Avena, quanto a autonomia do direito de execução penal, explica que:

Neste bordo, é inevitável a conclusão de que, apesar de autônomo, o Direito de Execução Penal guarda estreita relação como direito constitucional (que estabelece garantias individuais e fixa limites à pretensão punitiva), com o direito penal (que disciplina diversos institutos relacionados à execução da pena) e com o direito processual penal (que cuida do processo executório e do qual se infere a necessidade de observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição etc.). (AVENA, 2019, p. 01)

Em regra, a execução penal tem início quando do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (existem hipóteses de execução provisória da pena, as quais

dispensam o trânsito em julgado), momento em que o juiz da sentença (ou Presidente do Tribunal, quando a decisão for de Tribunal) promove a execução (art. 668 do CPP e art. 147 da Lei 7.210/84), expedindo uma guia de recolhimento (documentos contendo as informações e peças processuais indicadas no art. 106 da Lei 7.210/84) e a remetendo ao juízo da execução (que é diverso do juízo da ação penal), o qual formará o Processo de Execução Penal (PEP), procedimento que, segundo o art. 1º da Lei 7.210/84, “*tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal para harmônica integração social do condenado e do internado*”. (BRASIL, 1984)

Participam efetivamente da execução penal o condenado, seu respectivo defensor (podendo ser Defensoria Pública), o Ministério Público, o Juízo da Execução, o Estado (através de órgãos de execução penal e entidades vinculadas ao cumprimento de penas ou medidas de segurança) e a sociedade civil (rol exemplificativo contido no art. 61 da Lei 7.210/84).

A execução penal perdura até o efetivo cumprimento de todas as disposições contidas na sentença penal condenatória executada ou até a extinção da pena ou da punibilidade do condenado.

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Todo instituto jurídico, para ser compreendido, recebe uma classificação doutrinária denominada “natureza jurídica”, classificação que é feita mediante o estudo de suas características. A identificação da natureza jurídica de um instituto jurídico permite compreender como ele se relaciona com outros institutos, regras e princípios que lhe são aplicáveis, bem como seus reflexos no ordenamento jurídico.

No caso da execução penal já conceituada neste trabalho, existem divergências doutrinárias a respeito de sua natureza jurídica, vez que parte da doutrina entende que a execução penal é integrante da função jurisdicional do Estado, outra parte a considera atividade administrativa e, por fim, uma terceira corrente sustenta que a execução penal possui natureza híbrida.

Daniel Nicory do Prado, em artigo sobre a natureza jurídica da execução penal, faz uma seleção dos principais doutrinadores que enfrentaram o tema: “administrativa (Adhemar Raymundo da Silva), jurisdicional (Frederico Marques, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo) ou ‘mista’ (Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva)” (PRADO, 2017).

O entendimento de que a execução penal trata-se de atividade administrativa tem como pressuposto que a jurisdição penal se encerra com o trânsito em julgado de uma sentença penal, momento em que o Estado-administração passa a ser o responsável pela execução da pena aplicada.

A corrente administrativista da execução penal, por uma concepção clássica, argumenta que a jurisdição tem como função a resolução de litígios que, para tal vertente, não existem na execução de uma pena aplicada.

Por outro lado, a cogente necessidade de intervenção do Poder Judiciário nos incidentes da execução, bem como a constatação de que a execução penal é continuação da atividade jurisdicional após o término da fase de conhecimento, faz com que parte da doutrina entenda que ela se trata de processo jurisdicional.

Para os defensores da execução penal como parte da função jurisdicional, compreender a execução penal como procedimento administrativo é tratar o condenado como mero objeto, retirando dele a posição de titular de situações processuais, como sujeito de direitos e possuidor de garantias constitucionais (GRINOVER, 1978).

Como terceira via, os doutrinadores que defendem que a execução penal tem natureza mista, apesar de reconhecerem a importância da jurisdição para o cumprimento das penas impostas pelo Poder Judiciário na fase de conhecimento, dão especial relevância à atividade da administração pública, vez que toda a estrutura para a execução das penas pertence ao Poder Executivo.

A corrente doutrinária que sustenta que a execução penal tem natureza mista (administrativa-jurisdicional) simplesmente funde os outros dois posicionamentos.

Ada Pellegrini Grinover, ao refletir sobre a natureza jurídica da execução penal, faz uma importante análise do instituto. Vejamos:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Mas é preciso separar os dois aspectos. A aplicação da pena é objeto do Direito Penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual. (GRINOVER, 1978, p. 53)

A discussão a respeito da natureza jurídica da execução penal ainda persiste, todavia é crescente o entendimento de que a execução penal tem caminhado para sua completa

jurisdicionalização, notadamente pelo fato de que todas as questões inerentes à execução das penas perpassam pelo crivo do Poder Judiciário.

Sobre o ponto abordado, vejamos o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover:

Deixando de lado a expiação da pena, objeto da ciência penitenciária, o processo de execução penal nada mais é que do que o instrumento do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando emergente da sentença. Sentença penal condenatória que, aplicando a sanção, se constitui título executivo necessário para à instauração do processo de execução penal. Apesar de peculiaridades e diferenças em confronto com a execução civil, a natureza do processo de execução – penal e civil – é exatamente a mesma. (GRINOVER, 1978, p. 57)

Assim, para este trabalho, será dado ênfase à corrente doutrinária que entende a execução penal como fração da jurisdição, o que tem como consequência jurídica a imperativa observância das garantias constitucionais de natureza processual e dos institutos do direito processual penal.

2.3 DOS ENVOLVIDOS NA EXECUÇÃO PENAL E SUAS RESPECTIVAS FUNÇÕES

Para melhor compreensão da execução penal, sobretudo para análise de sua compatibilidade com a Constituição da República e com o sistema de processo penal por ela adotado, torna-se imprescindível o apontamento dos envolvidos na execução penal e o entendimento de suas respectivas funções.

2.3.1 O condenado como figura central da execução

O indivíduo penalmente imputável que tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado recebe o título de condenado, podendo, então, ser considerado culpado da infração penal pela qual foi sentenciado (art. 5º, LVII, da CRFB/88).

Ao ser condenado, o indivíduo terá contra si uma sentença penal a ser executada (pena a ser cumprida) e passará a sofrer os efeitos da condenação, dentre eles, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CRFB/88), a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP), a perda de instrumentos ilícitos e produtos do crime (art. 91, II, do CP), bem como a eventual perda de outros direitos, conforme as hipóteses legais (art. 92, I, II e III do CP).

O condenado é detentor de direitos e garantias constitucionais e legais (art. 40 e 41 da Lei 7.210/84), sendo também detentor de deveres e obrigações (art. 38 e 39 da Lei

7.210/84), as quais devem ser observados, sob pena de sanções (rol de sanções previstas no art. 53 da Lei 7.210/84).

Para que seja assegurado aos condenados o direito constitucional à individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB/88), a lei determina que eles serão classificados de acordo com seus antecedentes e sua personalidade (art. 5º da Lei 7.210/84), classificação que deverá ser feita pela Comissão Técnica de Classificação, composta por uma equipe multidisciplinar (arts. 6º e 7º da Lei 7.210/84).

A legislação vigente também prevê que os condenados ao cumprimento de penas privativas de liberdade em regime fechado deverão ser submetidos a exame criminológico, que tem como finalidade a devida classificação e a adequada individualização da pena (art. 34, caput, do CP e art. 8º da Lei 7.210/84).

Noberto Avena elucida que o executado é o sujeito passivo na execução e detalha sua condição no processo executório:

Por outro lado, quanto ao *sujeito passivo*, trata-se do executado, isto é, a pessoa a quem é imposta a pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou aplicada medida de segurança. Conforme se infere do art. 2º, parágrafo único, da L. 7.210/1984, em se tratando de pena privativa de liberdade, o executado pode ser tanto o preso definitivo quanto o provisório. Ainda, poderá ser executado o autor do fato que não cumprir a transação penal homologada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. (AVENA, 2019, p. 04)

Mesmo após o cumprimento ou extinção da pena imposta, o indivíduo continua a ser considerado condenado, seja para fins de reincidência (novo crime praticado após trânsito em julgado de uma sentença condenatória, se praticado no período inferior a 5 anos desde o cumprimento ou extinção pena – arts. 63 e 64 do CP), seja para fins de aferição de antecedentes (o que tem caráter perpétuo).

2.3.2 Do papel da defesa na execução (Defensoria Pública ou defensor constituído)

A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), ao dispor sobre os órgãos da execução penal, cita a Defensoria Pública (art. 61, VIII). Todavia, não dá o devido crédito ao papel da defesa constituída (particular), a qual é exercida privativamente por advogados.

A advocacia (pública ou privada) recebe da Constituição Federal e do ordenamento jurídico o reconhecimento de ser indispensável à administração da justiça (art. 133, da CRFB/88 e art. 2º, da Lei 8.906/94), de modo que, mesmo o advogado em ministério privado, presta serviço público e exerce função social (§1º do art. 2º da Lei 8.906/94).

Na execução penal, cabe à defesa (pela Defensoria Pública ou por advogado em ministério privado) representar o condenado perante a Juízo da Execução e perante os órgãos da execução em prol de seus direitos (apresentando requerimentos e incidentes), velando pela regular execução da pena ou medida de segurança imposta ao seu assistido e o defendendo de eventuais arbitrariedades ou erros na aplicação da lei.

Além da defesa individualizada do condenado (feita por advogados e defensores públicos), cabe à Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a defesa dos direitos humanos e da correta aplicação do ordenamento jurídico (art. 134 da CRFB/88 e art. 44, I, da Lei 8.906/94), sendo imperiosa a fiscalização dos estabelecimentos prisionais para esse fim e a adoção das providências pertinentes ante a constatação de irregularidades (art. 82, IV, V e VI, da Lei 7.210/84).

2.3.3 A função do Ministério Público na execução penal

O Ministério Público (MP), que é reconhecido pela Constituição como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tem a incumbência de exercer a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CRFB/88), atuando no processo penal como entidade legítima para promoção das ações penais públicas e para fiscalização e execução da lei (art. 257, I e II, do CPP).

Na execução penal, o Ministério Público, além de desempenhar suas funções constitucionais, atua como fiscal da execução das penas e das medidas de segurança, fiscalizando todos os atos da execução (da formação da guia até a forma de cumprimento das penas, inclusive com visita a estabelecimentos penais), bem como apresentando requerimentos necessários a efetividade do cumprimento das penas e medidas de segurança (arts. 67 e 68 da Lei 7.210/84).

A função do Ministério Público de fiscal da execução é notória na legislação, haja vista o fato de que todas as decisões proferidas pelo juízo da execução devem conter a manifestação ministerial, sob pena de nulidade (art. 564, III, “c”, do CPP).

Zaphia Boroni de Souza, mestre em Direito que apresentou dissertação relacionada à atuação do Ministério Público na perspectiva paradigmática do Estado Democrático de Direito, aduz que:

De tal sorte, o Ministério Público deve zelar pelo respeito ao devido processo legal, fiscalizando em prol do respeito à real participação das partes, a fim de que o provimento final seja resultado da construção conjunta pelos envolvidos, e não apenas o resultado de um agir autoritário e solipsista do órgão jurisdicional atuante. (SOUZA, 2020, p.42)

Em que pese o Ministério Público ser privativamente o titular das ações penais públicas, ou seja, a única instituição legitimada a promovê-la, a execução penal dispensa a provocação do órgão ministerial, vez que, via de regra, é promovida de ofício pelo Poder Judiciário.

2.3.4 Do Juízo da Execução

A discussão a respeito da natureza jurídica da execução penal volta à tona quando do exame da figura do Juízo da Execução, vez que, a depender da corrente doutrinária adotada, o papel do judiciário recebe diferente contorno.

Se consideramos que a execução penal é procedimento administrativo, o Juízo da Execução mostra-se como peça do Direito Administrativo, esvaziando-se de sua função jurisdicional.

Lado outro, considerando-se a execução penal como função jurisdicional, o Juízo da Execução se configura como a fração do Poder Judiciário que detém competência para decidir todas as questões atinentes ao cumprimento de penas e medidas de segurança e zelar pelo correto cumprimento das disposições contidas nas sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias (art. 66 da Lei 7.210/84).

Guilherme de Souza Nucci faz uma formidável reflexão sobre o perfil desejado do magistrado que exerce seu mister perante o juízo da execução:

Do mesmo modo, magistrados que não se dediquem à causa da regeneração de pessoas humanas, bem como não tenham um domínio mínimo das matérias com as quais lidará no seu dia a dia (Penal, Processo Penal, Execução Penal), provavelmente, serão fontes de desarranjos no sistema carcerário e não contribuirão para a ressocialização do egresso, até pelo fato de se distanciarem da comunidade. Ao contrário, juízes vocacionados para a execução penal facilitam a comunicação entre o Poder Executivo e seus agentes, entre administradores dos presídios e os presos, incluindo seus familiares, bem como conseguem penetração na comunidade onde atuam, fazendo proliferar os Patronatos e os Conselhos da Comunidade. É tempo de repensar esse ponto. (NUCCI, 2021, p. 124)

Geraldo Prado também ressalta a importância e o papel do juiz na execução penal:

Tendo por alicerce demandas sociais dessa qualidade é que um juiz, na execução, é chamado a cumprir o seu papel, em flagrante contraste com as exigências constitucionais de uma jurisdição imparcial e voltada à implementação de medidas de justiça social. É justamente por força dessa distorção que a posição do juiz no processo de execução tem de ser repensada em bases mais democráticas, simultaneamente com a convicção na eficácia dos procedimentos jurídicos para conter os abusos.” (PRADO, 2001)

Se considerarmos que a execução penal é fração da jurisdição, fica evidenciada a relevância do papel do juiz nesta fase da persecução penal, haja vista a necessidade de atuação do Poder Judiciário para efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos condenados.

2.3.5 O Estado (como administração pública)

O Estado participa da execução penal por meio de diversos órgãos com funções específicas, dentre eles o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (órgão diretamente vinculado ao Ministério da Justiça – art. 62 e seguintes da Lei 7.210/84), o Conselho Penitenciário (órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena vinculado ao Poder Executivo Estadual e do Distrito Federal – art. 69 da Lei 7.210/84), os Departamentos Penitenciários (órgãos executivos da Política Penitenciária, que são diretamente responsáveis pela gestão dos estabelecimentos prisionais – art. 71 e seguintes da Lei 7.210/84) o Patronato público (entidade que presta assistência aos albergados e egressos do sistema prisional – art. 78 da Lei 7.210/84).

Sem o suporte do Estado, seria impossível a execução penal, vez que o Poder Judiciário não dispõe da estrutura estatal para a efetivação das sanções aplicadas.

É por conta dessa relevância do Estado na execução penal que parte da doutrina entende que a execução tem natureza jurídica de atividade (procedimento) administrativa, corrente minoritária que tem sido rechaçada.

Dentre os órgãos estatais, merecem destaque os Departamentos Penitenciários, vez que são os órgãos que lidam diretamente e diariamente com os outros envolvidos na execução penal (condenado, defesa, MP, Juízo da Execução e sociedade) e que são responsáveis pela supervisão e coordenação dos estabelecimentos penais existentes.

Existe ainda o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e os Departamentos Penitenciários locais, de abrangência estadual, que recebem colaboração e assistência do DEPEN para que prestem ao exercício de suas finalidades.

2.3.6 Do importantíssimo papel da sociedade na execução penal

Se o objetivo da execução penal é efetivar as disposições da sentença condenatória para proporcionar ao condenado sua integração harmônica com a sociedade, a sociedade também desempenha uma função de especial relevância na execução penal.

Em detida análise das disposições da Lei 7.210/84, constata-se que o Estado detém a obrigação de recorrer à cooperação da comunidade (sociedade) nas atividades de execução da pena (art. 4º), sobretudo para garantir aos condenados os meios para sua integração social.

Para a efetiva participação da sociedade na execução penal, existem dois órgãos específicos que executam tal mister: o Patronato particular e o Conselho da Comunidade.

O Patronato particular tem como finalidade prestar assistência aos egressos e albergados, orientar os condenados às penas restritivas de direito, fiscalizar o cumprimento de tais penas bem como colaborar com a fiscalização do cumprimento da limitação do final de semana e das regras do livramento condicional (arts. 78 e 79 da Lei 7.210/84).

Já o Conselho da Comunidade é composto por representantes de associações comerciais ou industriais, advogados privados, defensores públicos e assistentes sociais, tendo como função de visita e fiscalização dos estabelecimentos penais, apresentação de relatórios ao Juiz da Execução e ao Conselho Penitenciário, bem como diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado (arts. 80 e 81 da Lei 7.210/84).

Além dos órgãos previstos na Lei 7.210/84, a sociedade também participa da execução penal por meio de associações e entidades privadas (empresas, terceiro setor, dentre outros).

Dentre as associações que atuam junto a execução penal, destaca-se o trabalho da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), entidade jurídica privada, sem fins lucrativos, que tem como objetivo auxiliar a justiça na recuperação do preso.

Também tem um importante papel na execução penal as empresas privadas que firmam parcerias com o poder público para contratação de mão de obra prisional, oportunizando aos condenados o exercício do direito e do dever de trabalho remunerado.

A sociedade também participa da execução penal por meio de instituições religiosas, as quais detém a preciosa missão de prestar assistência religiosa aos condenados (direito previsto no art. 24 e no art. 41, VII, ambos da Lei 7.210/84), assistência que, além do culto e ensinamentos de doutrinação, traz consigo valores e princípios éticos necessários a ressocialização.

Por fim, a sociedade se vê participando da execução penal através das famílias dos condenados, famílias que rotineiramente mantêm contato direto com os órgãos da execução penal para auxiliar com a efetividade dos direitos do condenado.

2.3.7 Do ofendido como mero espectador

O ofendido, vítima do crime praticado pelo condenado, não tem qualquer participação na execução penal, ficando fora da relação processual que é estabelecida no juízo da execução, situação diferente do que ocorre na fase pré-processual ou na fase processual, onde o ofendido detém certos instrumentos processuais para intervir na persecução penal (queixa crime, representação criminal, atuação como assistente da acusação, direito de petição e de requerimentos para medidas assecuratórias).

O CPP, em seu art. 269, é claro ao limitar a participação do ofendido na persecução penal até trânsito em julgado da sentença penal, inexistindo na legislação qualquer exceção a tal regra.

Norberto Avena, ao explicar sobre os sujeitos da execução penal, elucida que:

“[...] A execução da pena, enfim, é monopólio estatal, independentemente da natureza da ação penal que gerou a sentença (pública incondicionada, pública condicionada ou privada), não podendo o particular nela se imiscuir com o objetivo de fazer cumprir o comando incorporado à decisão penal transitada em julgado. Tampouco lhe é possibilitado insurgir-se em relação a benefícios concedidos ao apenado durante o cumprimento da pena ou intervir em incidentes da execução. (AVENA, 2019, p. 04)

Quando do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, o ofendido (ou seus representantes legais ou herdeiros) poderá acionar o juízo cível para promoção da execução do condenado, execução distinta da penal, vez que tem como único objetivo a reparação ou compensação do dano sofrido com o crime (art. 63 do CPP).

A Lei 7.210/84, no que tange ao ofendido, apenas elucida que é dever do condenado indenizá-lo (art. 39, VII), indicando também que é uma incumbência do serviço de assistência social orientar e amparar, quando necessário, a vítima e seus familiares (art. 23, VII).

O único dever do juízo da execução para com o ofendido é o previsto no §2º do art. 201 do CPP, dever que não raras vezes é desprezado na prática forense, a saber, a obrigação de comunicação dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do condenado da prisão.

2.4 DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E DE SEU FUNCIONAMENTO

Após a explicação do que é a execução penal, da exposição das controvérsias quanto a sua natureza jurídica e da elucidação dos envolvidos e de seus respectivos papéis na execução penal, mister a exposição do sistema de execução penal adotado no Brasil, com o

devido recorte no sistema de execução das penas privativas de liberdade, objeto do presente estudo.

De início, vale registrar que, como já explicava Jason Albergaria nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, “a pena privativa de liberdade é admitida como *extrema ratio*” (ALBERGARIA, 1996, p. 17), vez que a proteção a liberdade se mostra como uma das principais garantias constitucionais, sendo a “espinha dorsal do sistema penal e a única sanção aplicável em casos de grave criminalidade e multirreincidência” (ALBERGARIA, 1996, p. 39).

Os doutrinadores penais entendem que existem 3 (três) sistemas clássicos que regulamentam o cumprimento de penas privativas de liberdade, a saber: o “Sistema da Filadélfia ou Pensilvânico” (preso cumpre sua pena integralmente isolado), o “Sistema de Auburn” (condenado deve permanecer em absoluto silêncio, tendo convívio laboral com outros presos durante o dia e isolamento no período noturno) e o “Sistema progressivo”, também chamado de “Sistema Inglês” (condenado evolui do isolamento para a liberdade condicional durante o cumprimento da pena).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o chamado sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade (§2º do art. 33 do CP), isso com o objetivo de humanizar a pena, possibilitando que o condenado, pelo decurso do tempo e por seu próprio mérito, tenha o regime ao qual foi condenado abrandado para um regime menos gravoso, conquistando gradativamente a liberdade ao mesmo tempo em que é reinserido na sociedade (Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983, que precedeu a reforma da parte geral do Código Penal pela Lei nº 7.209/84).

Por opção legislativa, o Código Penal prevê 3 (três) espécies de regime para o cumprimento das penas privativas de liberdade: o fechado, o semiaberto e o aberto (art. 33, *caput*, do CP), prevendo também que cada tipo de regime seja cumprido em estabelecimento penal com características próprias (estabelecimento de segurança máxima ou média para o regime fechado, colônia agrícola ou industrial para o regime semiaberto e casa de albergado para o regime aberto - §1º do art. 33 do CP), características essas que são detalhadas na Lei 7.210/84.

Sendo o sistema progressivo, o condenado a uma pena privativa de liberdade no regime fechado, se observadas as disposições legais, poderá progredir para o regime semiaberto e, sucessivamente, para o aberto, até que logre êxito em terminar de cumprir sua pena, onde alcançará plena liberdade.

As regras para fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada encontram-se nas alíneas do §2º do art. 33 do CP, com observância dos

critérios do art. 59, também do CP, dispositivos legais que merecem ser colacionadas para melhor compreensão da sistemática:

Art. 33 (...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Pois bem, definida a pena privativa de liberdade aplicada a um indivíduo, bem como o regime inicial para o cumprimento desta sanção (através uma sentença penal condenatória transitada em julgado – art. 110 da Lei 7.210/84), o juiz da sentença expede o mandado de prisão para captura do condenado (se ele já não se encontrar preso provisoriamente) e, assim que ele for preso, expede também a guia de recolhimento (guia de execução), a qual é encaminhada para o juízo da execução (art. 674 e seguintes do CPP).

No momento em que o condenado à pena privativa de liberdade é preso, a guia de execução expedida pelo juiz da sentença é recebida pelo Juízo da Execução, e então forma-se o processo de execução penal, objeto do nosso estudo.

A Lei 7.210/84, especificamente o seu artigo 112 (substancialmente alterado pela Lei nº 13.964/2019), com estrita observância ao histórico criminal do indivíduo e à natureza do crime pelo qual ele encontra-se privado de liberdade, traz os percentuais de tempo de pena a ser cumprido para que o condenado, se também cumprir os outros requisitos legais, faça jus à progressão de regime:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

- II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
 - III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
 - IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
 - V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
 - VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
 - a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
 - b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
 - c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
 - VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
 - VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.
- (...)

O percentual de tempo a ser cumprido para progressão de regime é chamado de requisito objetivo, enquanto os demais requisitos legais são chamados de requisitos subjetivos, como, por exemplo, a boa conduta carcerária (art. 112, §1º, da Lei 7.210/84), a prova de trabalho ou possibilidade de trabalhar (art. 114, I, da Lei 7.210/84), dentre outros.

Assim que o condenado a PPL satisfaz o requisito objetivo para progressão de regime, os envolvidos na execução penal (incluindo o MP – art. 68, II, “e”, da Lei 7.210/84) devem conferir se o condenado também satisfaz os requisitos subjetivos exigidos por lei, de modo que, constatando-se o preenchimento de todos os requisitos para progressão, tal situação jurídica deve ser levada a conhecimento do Juízo da Execução competente para conceder o referido direito ao condenado (art. 66, III, “b”, da Lei 7.210/84).

Cada regime, além de exigir estabelecimento penal próprio (de acordo com a legislação vigente), também abrange direitos e deveres a ele inerentes (por exemplo, no regime semiaberto, o condenado pode ter direito à saída temporária, benefício conhecido no meio prisional como “descida” – art. 122 da Lei 7.210/84), sendo necessária a provocação do Juízo da Execução ou do Diretor do estabelecimento prisional para a efetivação de tais direitos aos condenados, provocação que pode ser feita por qualquer das partes envolvidas na execução penal, mas que comumente é feita pela defesa do condenado.

No curso da execução penal, além da progressão de regime e direitos inerentes aos regimes existentes, também é possível que o condenado faça jus a outros direitos específicos da execução, tais como a aplicação de lei posterior à sua condenação que o favoreça, detração e remição de pena (art. 126 da Lei 7.210/84), suspensão condicional da pena (art. 77 do CP e art. 156 e seguintes da Lei 7.210/84), livramento condicional (art. 83 do CP e art. 131 da Lei 7.210/84), extinção da punibilidade por indulto ou anistia (art. 187 e seguintes da Lei 7.210/84), prisão domiciliar, dentre outros.

Pela Lei 7.210/84, todos os envolvidos na execução penal devem cooperar para que todos os direitos dos condenados sejam efetivados, o que não ocorre na prática forense, como será demonstrado.

Se no curso da execução penal o condenado vier a praticar alguma falta disciplinar, será submetido a procedimento administrativo para sua apuração, o qual poderá resultar em sanções disciplinares (previstas no art. 53 da Lei 7.210/84), na revogação de direitos da execução penal conquistados e até na regressão do regime.

O efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade pelo condenado também deve ser levado a conhecimento do Juízo da Execução, de modo que, somente após o parecer ministerial e da comprovação do término da pena corpórea, será declarada extinta a punibilidade do condenado.

2.5 DA URGENTE NECESSIDADE DE SE REFLETIR SOBRE A EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O último relatório analítico realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública (MJSP), através dos dados registrados no Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), no período compreendido entre julho e dezembro de 2019, contém a informação de que a população carcerária no Brasil era de 755.274 (setecentos e cinquenta e cinco mil, duzentas e setenta e quatro pessoas), população carcerária que, segundo estudos realizados pela *World Prison Brief*, pela *ICPR (Institute for Crime & Justice Research)* e pela *Birkbeck University of London*, é a terceira maior do mundo, sendo inferior apenas às populações carcerárias dos Estados Unidos e da China.

O relatório supramencionado também afirmou que, para os 755.274 (setecentos e cinquenta e cinco mil, duzentas e setenta e quatro) presos, existem apenas 442.349 (quatrocentos e quarenta e duas mil, trezentos e quarenta e nove) vagas no sistema prisional, o que tem resultado na superlotação e interdição de inúmeros estabelecimentos penais.

O Plenário do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, atento à superlotação e às mazelas constatadas nos cárceres do Brasil, reconheceu a figura do estado de coisas inconstitucional para o sistema penitenciário. (BRASIL, 2021b)

Em 14/02/2020, o MJSP informou que aproximadamente 33% da população prisional é composta por presos provisórios (que não tiveram contra si sentenças penais

condenatórias), enquanto 67% dos presos já se encontram em cumprimento de penas privativas de liberdade impostas por sentenças penais, ou seja, em fase de execução penal.

O Poder Legislativo tem demonstrado preocupação com as prisões provisórias, vez que, em um período inferior a 10 anos, foram publicadas 02 (duas) relevantes leis que alteraram o Código de Processo Penal para que as prisões cautelares sejam aplicadas de forma excepcional (Lei nº 12.403/2011 e Lei nº 13.964/2019), em consonância com os preceitos constitucionais.

Lado outro, verifica-se que a legislação relacionada à execução penal tem se enrijecido, como se verifica na citada Lei nº 13.964/2019 (que endureceu as regras para a progressão de regime), agravando os problemas do sistema prisional.

De acordo com dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça provenientes do Relatório Justiça em Números de 2020, ao final de 2019 havia 1,8 milhão de execuções penais pendentes; o número de execuções em andamento supera o número de ações penais. A maioria das penas aplicadas em 2019 foram privativas de liberdade, com um total de 228,2 mil execuções, 57,7% do total. (BRASIL, CNJ, 2020)

O relatório do último Mutirão Carcerário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), de agosto de 2019, relata que a população prisional no estado saltou de aproximadamente 50 mil para mais de 75 mil pessoas, levando a uma situação de “superencarceramento”.

No referido relatório, a superlotação carcerária restou evidenciada em mais de 90% das unidades prisionais do Estado de Minas Gerais, sendo que em 84 delas, inclusive, observou-se a existência de ordem judicial de interdição, que não vem sendo cumprida na integralidade.

Extraí-se, ainda, do relatório do Mutirão Carcerário do TJMG de 2019 que, em MG, foram identificadas 7.394 pessoas que se encontravam presas e, a princípio, em cumprimento de penas em regime mais gravoso do que deveriam, vez que já tinham satisfeito o requisito objetivo para progressão de regime ou para livramento condicional.

Diante de tais informações que concretizam a certeza do excesso na execução para inúmeros presos, excessos que se mostram como violações de direitos e garantias fundamentais, tem-se por necessário repensar a execução penal, notadamente para tentar buscar soluções compatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil para que as execuções penais sejam mais eficientes e cumpram com seu propósito.

3 DOS SISTEMAS (MODELOS) PROCESSUAIS PENAIS

Os doutrinadores e processualistas penais classificam o processo penal em 03 (três) sistemas processuais distintos, quais sejam: o sistema processual penal inquisitório, o sistema processual penal acusatório e o sistema processual penal misto, que nada mais é que um sistema oriundo da fusão de elementos dos dois modelos anteriores.

Historicamente, o processo penal passou por diversas transformações, sendo que, ora democráticas ora autoritárias, elas influenciaram significativamente na ideologia punitiva, de modo que o processo penal, como instrumento para aplicação da lei penal, teve que se adaptar a tais ideologias.

Na verdade, como será ressaltado em tópico próprio, o sistema processual penal brasileiro, embora acusatório por determinação constitucional (art. 129, I, da CRFB/88) e legal (Art. 3º-A do CPP), possui traços de uma ideologia punitiva e retributiva do ilícito penal, que se reverberam em expressões do sistema inquisitivo nas regras jurídicas processuais penais e na própria prática do processo penal.

Diante da situação exposta, existem divergências doutrinárias sobre o real sistema processual penal do Brasil, divergências que também repercutem nos processos relacionados às execuções das penas privativas de liberdade.

Neste panorama, importa delinear, em linhas gerais, as características dos sistemas citados, traçando-se, ao final, as características gerais do sistema adotado pelo Brasil e suas consequências na execução penal.

3.1 DO SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO

O sistema inquisitório, também chamado de inquisitivo, como o próprio nome sugere, deriva do modelo canônico do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, onde os inquisidores, na época da idade média, processavam e julgavam os supostos hereges e bruxos com o aval da Igreja Católica Apostólica Romana.

O sistema se iniciou em meados do século XIII e predominou por toda a Europa continental (com exceção da Inglaterra) até o final do século XVIII e início do século XIX, quando novos ideais libertários e movimentos sociais como a Revolução Francesa foram removendo, gradativamente, as características do modelo inquisitório.

A gestão da prova pelo juiz (juiz investiga, acusa, processa e julga), a indivisibilidade da função de acusar e julgar, a possibilidade do juiz atuar *ex officio*, o livre cerceamento de

direitos defensivos (ausência de contraditório e ampla defesa) e a disparidade de armas entre acusação e defesa são as principais características do sistema processual inquisitório.

AURY LOPES JUNIOR, em sua obra *Direito Processual Penal*, afirma sobre o sistema inquisitório:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JÚNIOR., 2015, p.42)

No mesmo sentido, FERRAJOLI (2006, p. 79) destaca que o sistema inquisitório configura modelo de processo penal autoritário, que subtrai o axioma *nullum iudicium sine accusatione*¹. Para o ilustre jurista, a confusão entre acusação e juízo compromete a imparcialidade do magistrado, enfraquecendo várias das garantias que devem ser asseguradas ao acusado, notadamente, a presunção de inocência, do ônus acusatório e do contraditório.

3.2 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

O sistema processual penal acusatório é o modelo proposto pela CRFB/88 e, com o advento da publicação da Lei 13.964, de 24/12/2019 (denominada pela imprensa como Pacote Anticrime), restou adotado expressamente pelo CPP (art. 3^a-A do CPP), notadamente por ser infinitamente mais garantista e democrático que o modelo inquisitório.

O sistema em comento é caracterizado pela distinção entre as funções de acusar e de julgar, pela imparcialidade, neutralidade e equidistância do julgador face as partes, pela iniciativa probatória dos atores da demanda, pela plena possibilidade de defesa do acusado (contraditório e ampla defesa), pela publicidade dos atos jurisdicionais, possibilidade de recurso (duplo grau de jurisdição), paridade de armas e valorização da construção democrática das decisões judiciais.

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, caracteriza o sistema penal acusatório da seguinte forma:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2014, p. 69)

¹ Em tradução livre, “não há processo sem acusação”.

É compatível com o modelo acusatório o garantismo penal, construção dogmática sustentada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, autor da obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* (FERRAJOLI, 2006).

Segundo Taciany Amaral de Figueiredo Brambilla “o cerne do sistema garantista é a submissão da conduta estatal aos preceitos descritos no texto constitucional, com a finalidade de que seja reduzido ao máximo as possibilidades de arbítrio” (BRAMBILLA, 2018).

Ao discorrer sobre o axioma de Luigi Ferrajoli *nullum iudicium, sine accusatione*, Taciany Amaral de Figueiredo Brambilla elucida que:

O axioma em comento nos reporta ao princípio acusatório. A separação entre o magistrado e as partes é a demonstração elementar de como este axioma deve ser entendido. Ele surge em oposição ao modelo processual inquisitivo, de conotação medieval, que consiste na confusão processual verificada na figura do juiz, vez que ele não apenas julga, mas também atua na produção probatória, comprometendo sua imparcialidade, e dificultando o desempenho da defesa ao limitar garantias do réu, como por exemplo, retirando o caráter de publicidade da colheita probatória. Por sua vez, a construção de um procedimento acusatório requer postura neutra do juiz, no sentido de não se envolver nas questões de produção de prova, mas devendo assegurar a publicidade dos atos praticados, neste sentido o juízo se torna espectador, conferindo igualdade de tratamento as partes. (BRAMBILLA, 2018).

Assim, o modelo acusatório, pilar do garantismo penal, é o que mais se adequa aos direitos e garantias individuais previstos nos tratados internacionais e nos ordenamentos jurídicos democráticos, sendo uma referência deontológica aos ordenamentos jurídicos de Estados autoritários que anseiam a vigência de garantias processuais penais e a limitação do poder punitivo estatal.

3.3 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

O chamado sistema processual penal misto surge após a Revolução Francesa, quando Napoleão instituiu o Código Napoleônico em 1808, manual de procedimentos penais que dividia o processo em duas etapas distintas: a fase pré-processual (inquisitorial) e a fase processual (acusatória).

Renato Brasileiro Lima, ao discorrer sobre os sistemas processuais penais, explica o sistema misto nas seguintes palavras:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade. (LIMA, 2011, p. 07).

Em que pese a maioria dos doutrinadores concordar quanto à existência de um sistema misto, Aury Lopes Júnior, em sua obra *Direito Processual Penal*, afirma que tal sistema seria ilusório, vez que todos os sistemas seriam mistos (modelos puros são referências históricas), que existe uma predominância do sistema inquisitório sobre o sistema acusatório, que de nada presta a separação de funções e fases processuais se o juiz goza de iniciativa probatória (princípio inquisitivo) e que a divisão do processo em fases certamente impedirá a existência da imparcialidade do juiz, uma vez que a primeira fase contaminará a segunda de forma insanável. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 45 e 46)

3.4 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO PELO BRASIL

Pela simples leitura do art. 5^a da Constituição da República Federativa do Brasil, sobretudo dos incisos XXXVII, LIV, LV, LVI e LVII, constata-se que, a partir da promulgação da referida Constituição, o Brasil adotou o modelo acusatório como sistema processual penal, o que veio a ser ratificado com a inclusão do art. 3^a-A do CPP.

Ocorre que, se considerarmos que o Código de Processo Penal de 1941 foi inacreditavelmente recepcionado pela atual Lei Fundamental, superficialmente seremos induzidos a pensar que o Brasil, na verdade, adotou o criticado sistema misto.

Verdade é que, a despeito do contido no art. 3^o-A do CPP, a maioria dos doutrinadores entende que realmente foi adotado o sistema misto de processo penal, notadamente pela fusão interpretativa dos direitos e garantias constitucionais com a dogmática do processo penal.

Guilherme de Souza Nucci é um dos conceituados doutrinadores que é adepto da teoria de que o Brasil adotou o sistema misto. Denota-se pelo o que ele exarou em sua obra:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir).

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente à Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidenciam o sistema misto. (NUCCI, 2014, p. 70)

Fernando Capez, sem justificar com detalhes seu posicionamento, afirma em sua obra que o sistema acusatório é o vigente no processo penal brasileiro (CAPEZ, 2012, p. 85).

O doutrinador Tourinho Filho entende que o Brasil adotou o sistema acusatório com marcas do sistema inquisitivo:

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. [...] (TOURINHO FILHO, 2012, p. 79 e 80)

Com uma visão mais crítica da realidade do processo penal brasileiro, Denilson Feitoza Pacheco afirma categoricamente que, apesar da Constituição Federal ter estabelecido claramente um sistema acusatório, o sistema inquisitivo domina culturalmente no direito pátrio:

Culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento das “partes”, determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou o processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP); decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente (*emendatio libelli* do art. 384, *caput*, do CPP); provocar o Ministério Público para ampliar a acusação (*mutatio libelli* do art. 384, parágrafo único, CPP) e insistir nisso se o Ministério Público não quiser fazê-lo na primeira provocação (art. 28 do CPP aplicado analogicamente) etc. O juiz brasileiro, até a Constituição Federal de 1988, podia, inclusive, iniciar o próprio processo penal de ofício (*vide* a revogada Lei nº 4.611/1965, bem como os arts. 26 e 531 do CPP), o que não mais se admite em razão da privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I, CR). (PACHECO, 2008, p. 58)

Aury Lopes Junior, não admitindo a coexistência de um sistema acusatório com normas que garantem aos magistrados poderes instrutórios e ampla gestão da prova, afirma que “o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório” (para diferenciar do modelo histórico medieval).

Assim sendo, é nítida a divergência quanto ao sistema de processo penal vigente no Brasil. Todavia, é pacífico o entendimento de que a Constituição Federal impõe, através de suas garantias e direitos fundamentais, um sistema puramente acusatório.

4 EXAME DE COMPATIBILIDADE DO SISTEMA (MODELO) DE EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL COM O SISTEMA PROCESSUAL PENAL PRETENDIDO PELA CONSTITUIÇÃO

Em que pesem as divergências doutrinárias relacionadas à natureza jurídica da execução penal, certa é a sua tendente jurisdicionalização, vez que tem sido admitida a ideia de que a execução penal trata-se da continuidade da jurisdição penal.

Pela perspectiva da execução penal como continuidade da jurisdição penal, tem-se que o sistema (modelo) de processo penal, com suas diretrizes e preceitos, deve ser mantido também nesta fase.

Aury Lopes Junior faz uma formidável reflexão sobre a relação do processo com a pena:

Existe uma íntima e imprescindível relação entre o delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena, Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para pena. (LOPES JUNIOR, 2015, p. 36)

Assim sendo, sob a perspectiva constitucional e em obediência ao modelo de processo penal previsto no art. 3º-A do CPP, deve a execução penal também ser pautada pelo sistema acusatório.

4.1 DO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E DO IMPULSO OFICIAL

A persecução penal relacionada às ações penais de iniciativa pública têm início quando o poder público toma conhecimento da prática de um delito, findando-se quando do arquivamento do inquérito policial ou de outra espécie de procedimento investigativo, quando da extinção da punibilidade do agente (hipóteses do art. 107, do Código Penal, dentre outras), quando ocorre o trânsito em julgado de uma decisão judicial absolutória e, por fim, quando da extinção da pretensão executória estatal pelo cumprimento da pena imposta em sentença condenatória transitada em julgado.

Na hipótese da persecução penal em que o autor de um delito é submetido a uma ação penal e contra ele é proferida sentença penal condenatória, esta, quando transitada em julgado, converterá a pretensão punitiva estatal em pretensão executória, impondo ao Estado o dever de fazer com que a pessoa condenada cumpra a reprimenda que o Poder Judiciário lhe impôs.

Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória faz com que o indivíduo, que anteriormente gozava de presunção de inocência, passe a ser considerado culpado (art. 5º, LVII, da CRFB/88), situação em que tem suspensos seus direitos políticos (art. 15, III, da CRFB) e passa a sofrer os efeitos penais (inerentes à própria pena, também chamado de efeitos principais, tais como a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e/ou pena de multa) e extrapenais (afetos a outras relações jurídicas do condenado, tais como dever de reparar civilmente os danos causados pelo delito, a perda de instrumentos e produtos do crime, a perda do cargo, função pública e mandato eletivo, dentre outros – art. 91 e 92 do CP) de sua condenação.

O presente trabalho limita-se ao exame do efeito penal principal da sentença condenatória irrecorrível, também chamado de efeito penal primário, especificamente, a imposição da pena privativa de liberdade.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, tem-se por exaurida a competência do juízo criminal, competindo ao juízo da execução todas as questões inerentes ao cumprimento da reprimenda imposta ao condenado (art. 65 e 66 da Lei de Execuções Penais).

Ocorre que, para que se inicie a execução de pena privativa de liberdade, o juízo criminal, por comando legal (art. 668 do CPP), deverá ordenar a expedição de guia de recolhimento (conjunto de informações e documentos da fase de conhecimento do processo penal necessários à execução de pena privativa de liberdade, a saber, os descritos no art. 676 do CPP, no art. 106 da Lei 7.210/84 e no art. 1º da Resolução de nº 113, de 20/04/2010, do CNJ), guia que, conforme o disposto nos artigos 647 e 648 do CPP, bem como no art. 105 da Lei 7.210/84, só será expedida se o condenado estiver ou vier a ser preso.

Desta forma, em estrita observância à legislação, os Tribunais e juízes que se deparam com uma sentença penal condenatória transitada em julgado impositiva de pena privativa de liberdade de pessoa que não se encontra presa (independentemente do regime inicial de pena que foi aplicado) expedem contra ela mandado de prisão, só determinando a expedição da guia de recolhimento quando da ciência do cumprimento do referido mandado.

Na hipótese em que o sentenciado já se encontrar preso cautelarmente, tem-se por dispensado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que este seja submetido à execução provisória, situação regulamentada pelo art. 8º e seguintes da Resolução nº 113, de 20/04/2010, do CNJ (CNJ, 2010).

Cumprido o mandado de prisão expedido para execução da pena definitiva, o responsável deve comunicar ao juízo criminal o seu cumprimento que, por sua vez, tem o prazo impróprio de 05 (cinco) dias para expedir a guia de recolhimento ao juízo da execução e

à autoridade administrativa responsável pela custódia do condenado (§1º do art. 2º da Resolução de nº 113, de 20/04/2010, do CNJ) (CNJ, 2010).

Recebida a guia de recolhimento, o juízo da execução determina a formação do Processo de Execução Penal (PEP), procedimento que não tem prazo definido (na prática, pode demorar horas ou meses). Somente após a formação do PEP a execução penal realmente tem seu início, momento em que o juízo da execução passa a exercer a jurisdição, podendo se pronunciar, de ofício ou a requerimento das partes, sobre os direitos do condenado.

Segundo o relatório “Justiça em números 2020” do CNJ, no final do ano de 2019 havia 1,8 milhão de execuções penais pendentes, ou seja, sentenças penais condenatórias irrecorríveis que ainda não tinha passado pelo procedimento de formação de um PEP (BRASIL, CNJ, 2020).

4.1.1 Da usurpação da função do Ministério Público pelo Magistrado

A execução penal no Brasil é deflagrada por ato de ofício do juiz (art. 668 do CPP), como se detivesse alguma pretensão executória.

Alguns doutrinadores, como Norberto Avena, sustentam que a atuação oficiosa do juiz é correta e devida, não ofendendo princípios constitucionais:

Não é incomum, na praxe forense, encontrar-se a alegação de que a atuação oficiosa do juiz (por exemplo, no sentido de desencadear o procedimento judicial para apuração de falta grave) importa em ofensa à imparcialidade que rege o Poder Judiciário, razão pela qual, à semelhança do que ocorre no processo de conhecimento, deveria o magistrado sempre agir mediante provocação. Desarrazoada, porém, tal tese. Isso porque o processo de execução criminal segue procedimento completamente diverso do processo de conhecimento. Neste último vigora o princípio da inércia da jurisdição, não cabendo ao magistrado iniciar a persecução penal de ofício. Já a fase executória é regida por princípios próprios, destinando-se não apenas à repressão, mas também à recuperação e ressocialização do condenado. Por essa razão impõe-se, nessa seara, que o juiz passe a atuar de modo mais efetivo, mesmo porque tem a incumbência de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (art. 66, VI, da LEP), não implicando, de modo algum, a iniciativa conferida pelo art. 195 da LEP ao juiz da execução ofensa ao princípio da imparcialidade. (AVENA, 2019, p. 388)

Ocorre que, embora o paradigma acusatório tenha sido claramente assumido pela CRFB/88 e pelo CPP, no que tange a execução da pena, convive-se com regra típica do modelo inquisitório.

Quando a legislação processual penal atribui ao “juiz da sentença” a incumbência de promover a execução penal, a lei excepciona implicitamente o paradigma acusatório e faz com que o juiz usurpe a atribuição legal do MP de requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (art. 68, II, “a”, da LEP).

A execução de uma pena é a derradeira parte da persecução penal, ou seja, é a fase processual de efetiva aplicação da lei penal material, desdobramento de uma ação penal cuja promoção é atribuição privativa do MP (art. 129, I, da CRFB/88).

Renato Marcão, a despeito de afastar a ideia de inconstitucionalidade da promoção de execução *ex officio*, defende que a iniciativa da execução deve ser do MP.

Embora compreensível a pretensão do legislador em dar celeridade ao início do processo — e por isso a iniciativa judicial *ex officio* — em razão do princípio da imparcialidade do juiz, que remete ao princípio da iniciativa das partes, o ideal é que a deflagração do processo executacional fosse conferida *ex lege* ao Ministério Público, e não à atividade jurisdicional. Poderia decorrer, ainda, de pedido da defesa. Há, por aqui, evidente desarmonia sistêmica — que está por merecer reparo do legislador —, mas disso não é possível retirar fundamento para afirmar a inconstitucionalidade dos dispositivos que remetem à iniciativa judicial *ex officio*, no que diz respeito à deflagração do processo executacional (MARCÃO, 2021, p. 14)

A titularidade privativa de promoção da ação penal expressa muito mais do que a simples legitimidade para sua propositura: trata-se de atribuir ao órgão de acusação o completo exercício da pretensão punitiva estatal. É deste órgão, portanto, o interesse na execução do *ius puniendi* do Estado, não do magistrado, que atua na condição de julgador, de terceiro que não pode assumir para si os interesses controvertidos no processo.

Essa inversão de paradigmas – substituição do sistema acusatório pelo inquisitório – depõe contra as garantias basilares daquele que sofre a sanção penal objetivada pelo Estado, mesmo sem a provocação do órgão constitucionalmente competente para “promover” a ação penal. Nesta perspectiva, em brilhante lição, Geraldo Prado sustenta o seguinte:

“Cumprida a trajetória do processo de conhecimento, resta, para os definitivamente condenados, expiar a culpa, termo religioso que bem demonstra o sentido que a aplicação da sanção e a execução penal ainda têm. No momento inicial da execução penal, vislumbra-se claramente a distorção do primeiro eixo deste tipo de processo. Antes de ser um árbitro imparcial de um conflito entre partes – Ministério Público e condenado – por uma dessas situações peculiares à ideologia com projeção no mundo jurídico, o juiz deve tomar e manter a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório. Do ponto de vista subjetivo, verifica-se o fenômeno da transferência para o magistrado da execução das responsabilidades geradas pela suposta expectativa social, de que o condenado seja efetivamente castigado.” (PRADO, 2001)

A deterioração da garantia da imparcialidade do magistrado, que não deve se restringir à fase de conhecimento, não se coaduna com os princípios constitucionais que norteiam o processo penal, menos ainda se compatibiliza com o sistema acusatório.

Conforme se colhe do esboço raciocínio de Geraldo Prado acima transcrito, ao se deslocar a competência da persecução criminal para o magistrado, consagra-se uma lógica segundo a qual o magistrado deve responder aos anseios gerados por uma expectativa social

de condenação, o que não se harmoniza com o ordenamento constitucional vigente, que orienta a aplicação da pena segundo um princípio de dignidade e com fins de ressocialização do apenado, e não mera retribuição pelo ilícito penal cometido.

Assim, evidente que a iniciativa da execução penal, quando deferida ao magistrado, conflita diametralmente com a opção do constituinte (art. 129, I, CR/88) e do legislador (art. 3º-A do CPP) pela adoção de um sistema acusatório, que deve se projetar também para esta fase processual.

4.1.2 Da inércia do juiz para a promoção da execução penal

É preciso compreender que o Juiz, ao manter-se inerte no processo de execução penal, não se afasta de qualquer competência que lhe é própria. Ao revés, ao assim se comportar, o magistrado cumpre com exatidão a função institucional do Poder Judiciário de analisar e prestar jurisdição nas causas que lhe são propostas. Não se trata, assim, de esvaziar o exercício das competências inerentes ao poder judicante, mas sim de privilegiá-lo com o que é típico e fundamental do seu papel na estrutura acusatória.

Assim, ao atribuir-se ao magistrado o poder-dever de instaurar a execução sem a competente provocação do órgão de acusação, rompe-se com a lógica basilar do sistema acusatório que se norteia segundo uma rígida separação das funções de cada ator processual.

Nessa linha, é imprescindível lembrar que o sistema acusatório é consensualmente tido pela doutrina como o sistema processual penal que mais se adequa aos anseios democráticos, sociais e principiológicos de uma sociedade constitucional, pautada na dignidade da pessoa humana, na qual o processo penal funciona como legítimo limitador do *ius puniendi* do Estado.

Como já salientado, a adoção desse sistema no processo penal permite seja preservada a imparcialidade do magistrado, situa acusação e defesa em nível de paridade, homenageia o princípio da presunção de inocência do acusado e, enfim, privilegia o contraditório. Essas características, à exceção da presunção de inocência (pois já formada a convicção de culpa), não são – ou não deveriam ser – dissolvidas na fase de execução penal, que reclama, assim como no conhecimento, o pleno exercício do contraditório e a paridade de armas entre acusação e defesa.

O sistema inquisitorial revelado no processo de execução e na iniciativa do magistrado na execução das sentenças condenatórias não pode mais prevalecer contra a Constituição da República apenas porque assim o preveem dispositivos infraconstitucionais.

A configuração jurídica da execução penal, neste aspecto, está e sempre estará em conflito com o paradigma acusatório, com assento constitucional e com o próprio artigo 3º-A do CPP. Esse paradigma deve induzir um processo penal no qual o juiz assuma estritamente o papel de julgar imparcialmente os conflitos postos à sua análise, sem que, nessa atividade, confunda-se com aquele que expressa verdadeiramente a pretensão de punir.

Assim, há de se rever as disposições infraconstitucionais que tratam da execução penal *ex officio*, eis que completamente incompatíveis com os ditames da CRFB/88 e com o paradigma do sistema acusatório.

4.2 DA LACUNA JURISDICIONAL ENTRE O FIM DA AÇÃO PENAL E O INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL

Em razão da incompetência do juízo criminal para decidir sobre questões inerentes a execução penal e da necessidade do recebimento da guia de cumprimento pelo juízo da execução para formação do PEP e para exercer a jurisdição nos limites de sua competência, o sentenciado fica em um limbo do Poder Judiciário, compreendido entre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a formação do PEP, passando, comumente, foragido e, posteriormente, preso em condições incompatíveis com a reprimenda que lhe foi aplicada (em regime mais gravoso que o imposto na sentença, privado de diversos direitos do preso, como a detenção em estabelecimento inadequado ao regime, dentre outros).

No mencionado limbo do Poder Judiciário, o condenado, ainda que tenha direitos inerentes à execução penal que deveriam ser observados desde o primeiro dia do cumprimento de sua pena (inclusive direitos que poderiam ensejar a necessidade de recolhimento do mandado de prisão expedido pelo juízo criminal), tem cerceada sua garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).

Diferentemente da sistemática de execução de decisões judiciais irrecorríveis adotada pelo Código de Processo Civil (CPC) e pela Lei nº 6.830/1980 (Lei sobre cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública), no processo de execução penal não existe qualquer instrumento processual de impugnação ou de embargos à pretensão executória prévio a incidência de seus efeitos, ou seja, somente após o condenado sofrer o pior efeito de sua sentença (prisão) é que poderá exercer sua garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

A imprescindibilidade da prisão do sentenciado para que este requeira direitos e benefícios relacionados à execução da pena já foi e continua sendo objeto de discussão no Poder Judiciário, sendo que, até meados do ano de 2020, a Quinta e a Sexta Turma do

Superior Tribunal de Justiça (STJ) eram uníssonas no sentido de que, somente após a prisão do condenado, seria possível a expedição da guia de recolhimento pelo juízo criminal para que o juízo da execução, ao recebê-la, pudesse formar o PEP e se pronunciar sobre as matérias de sua competência.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. **EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO CONDICIONADA À PRISÃO DOS APENADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** NOTÍCIA DE DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DAS CARTAS DE EXECUÇÃO DEFINITIVAS PELO JUÍZO DO CONHECIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Interposto no prazo recursal de 5 dias, o pedido de reconsideração deve ser recebido como agravo regimental, nos termos dos arts. 258 e 259 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. Esta Corte Superior possui entendimento de que não há se falar em ilegalidade na expedição de mandado de prisão para posterior expedição da guia de recolhimento. Ademais, se há notícias nos autos de que ainda não cumprido o mandado de prisão, não há se falar em ilegalidade na ausência de expedição da guia de recolhimento Precedentes.

3. Há notícias nos autos de que o Juízo do Conhecimento já determinou a expedição das cartas de sentença definitivas dos recorrentes após o trânsito em julgado do presente habeas corpus, independentemente, da prisão dos apenados.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 565.719/RJ, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quint Turma, julgado em 26/05/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 01/06/2020) (grifos nossos) (BRASIL, 2020d)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. *WRIT* IMPETRADO ANTE DECISÃO DE DESEMBARGADORA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL PENDENTE DE APRECIÇÃO. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ANTECEDENTE. INCOMPETÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é firme na compreensão de que não tem cabimento o *habeas corpus* para desafiar decisão singular de Desembargador não submetida ao colegiado.

2. A provocação da jurisdição desta Corte Superior exige o prévio exaurimento da instância antecedente. Se o agravo regimental interposto na origem ainda não foi apreciado pelo órgão colegiado competente, não se inaugurou a competência deste Tribunal Superior.

3. Na hipótese, não se vislumbra a existência de flagrante ilegalidade, ainda que para fins de concessão da ordem de ofício, porquanto a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, consoante o disposto no art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento para a execução será expedida se o réu estiver ou vier a ser preso, de maneira que não há ilegalidade na expedição de mandado de prisão para posterior expedição da guia de recolhimento.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 566.967/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 25/06/2020) (grifos nossos) (BRASIL, 2020e)

Inúmeros *Habeas Corpus* foram impetrados no Supremo Tribunal Federal (STF) contra as decisões do STJ que, como demonstrado, impunham como requisito indispensável à expedição da guia de recolhimento para formação da execução penal a prisão do condenado,

ações constitucionais que, como nos casos do HC 179.009/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e HC 177.497/SP, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia, tiveram seguimento negado por decisões monocráticas.

Assim sendo, o limbo do Poder Judiciário existente entre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o início da execução da pena privativa de liberdade encontrava-se superado pela jurisprudência do STJ

4.2.1 Dos problemas da lacuna jurisdicional

Inexistindo instrumentos processuais para o exercício do contraditório prévio aos efeitos da execução de uma pena privativa de liberdade e sendo imperativa a necessidade da prisão do condenado para que o PEP seja formado (ato que possibilita o exercício da jurisdição pelo juízo da execução penal), inúmeras arbitrariedades e excessos na execução são cometidas pelo sistema prisional e pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, tem-se que os indivíduos que se encontravam submetidos a ações penais em liberdade e que tiveram contra si o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória também terão contra si, sem qualquer intimação ou aviso prévio, a expedição de mandado de prisão, independentemente de suas respectivas condições pessoais (idade, condições de saúde, exercício regular de profissão lícita, relações jurídicas com terceiros, dentre outros) e da existência de vagas em estabelecimentos prisionais adequados para que cumpram as penas que lhe foram aplicadas.

Com mandado de prisão em aberto para que inicie a execução definitiva de sua pena, o indivíduo condenado pode ser capturado por autoridades públicas a qualquer momento, captura que, por sua vez, comumente se dá com surpresa (em qualquer local, em qualquer horário) e de forma vexatória (na presença de familiares, amigos e colegas de trabalho) impedindo que o sentenciado se prepare minimamente para o cumprimento de sua reprimenda (procure orientação jurídica, converse com familiares próximos sobre a situação, informe ao empregador a respeito da pena, transfira responsabilidades para terceiros, etc.).

O arrebatamento de um cidadão que possui diversas relações jurídicas pelo cumprimento de um mandado de prisão sem um fundado risco de que ele frustrate a efetividade da sentença condenatória (probabilidade de fuga, risco à ordem pública, dentre outros) resulta em verdadeiro caos na vida dos terceiros que, indiretamente, serão afetados pela pena imposta ao condenado.

Terceiros alheios à situação penal de um cidadão que é repentinamente preso para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, mas que com ele possuía alguma relação

jurídica, possivelmente se verá como parte em conflitos civis (inadimplência de obrigações), trabalhistas (hipótese de rescisão do contrato de trabalho por justa causa – art. 482, “d”, da CLT), familiares (divórcio, discussões sobre alimentos e sobre a guarda de filhos), previdenciários (discussão sobre benefícios e pensões), administrativos (sobretudo quando o condenado for servidor público), dentre outros que, por sua vez, poderiam ser evitados com a mera publicação da ordem de prisão exarada pelo Poder Judiciário e pela concessão de prazo razoável para que o cidadão condenado se apresente em local determinado para o início do cumprimento de sua pena.

Se não bastasse a gama de conflitos que uma prisão para cumprimento de PPL pode gerar, tem-se que o sistema prisional não se encontra preparado para receber os condenados de modo que estes tenham assegurados os direitos não atingidos pela sentença condenatória (garantia prevista no art. 3º da Lei 7.210/84), sobretudo aqueles inerentes às pessoas que necessitam de especial atenção (idosos, gestantes, deficientes e enfermos).

Quando do cumprimento de um mandado de prisão para execução definitiva de uma pena, o indivíduo que é preso é encaminhado para um estabelecimento penal qualquer (instituição em que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF de nº 347, entendeu como de “estado de coisas inconstitucional”) (BRASIL, 2021b) e lá, independentemente do regime de pena que tenha sido condenado, permanece em situação análoga ao regime fechado, situação que, sem a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para coibir ameaça ou lesões à direitos (vide tópico anterior), perdura (no mínimo) até que o estabelecimento penal receba a guia de recolhimento e o juízo da execução forme o PEP.

Nesse ínterim, sentenciados a diversos regimes e até presos provisórios permanecem juntos em celas superlotadas, comumente compartilhando um pequeno espaço com outros presos enfermos, com problemas mentais, diferentes idades e variados níveis de periculosidade.

Luiz Regis Prado, no 4º Volume da coleção Doutrina, Processos e Procedimentos – Direito Penal e Processo Penal, também critica a sistemática para o início da execução:

Essa sistemática envolve providências dos juízos da condenação e da execução, o que demanda decurso de tempo considerável, possibilitando, em determinadas circunstâncias, que o condenado permaneça no regime inicialmente fechado, embora fizesse jus a regime mais brando.

Nesse contexto, tem-se a sobrecarga do sistema prisional, haja vista a ocupação indevida de vagas nas penitenciárias e centros de detenção provisória e, por consequência, excesso de execução, exigência de maior celeridade das Varas de Execução Criminal, inúmeras impetrações de *habeas corpus*, além de insistentes requerimentos para imediata expedição de guias de recolhimento, assobrando, ainda mais, a máquina judiciária. (PRADO, 2015, p. 588).

Como leciona Renato Marcão, contra a omissão ou morosidade do juiz da sentença para expedição da guia de execução, cabe correção parcial.

Negando-se o juízo a expedir a guia de recolhimento, por se tratar de *error in procedendo*, deve o interessado ingressar com correção parcial, que é o recurso cabível

Não se deve admitir o agravo em execução para tal finalidade, assim como a tanto não se presta o *habeas corpus*, já que “as providências administrativas relativas ao encaminhamento da carta de guia ao juízo das execuções não podem ser reclamadas através do remédio heroico que visa sanar constrangimento ilegal que ofenda a liberdade de locomoção” (MARCÃO, 2021, p. 63)

O §3º do art. 2º da Resolução de nº 113, de 20/04/2010, do CNJ determina que, recebida a guia de recolhimento, o estabelecimento penal em que o condenado encontra-se custodiado deverá imediatamente promover sua transferência para unidade penal adequada (observância do regime de pena aplicado, na forma do §1º do art. 33 do Código Penal e dos dispositivos legais contidos no Título IV da Lei 7.210/84 - título que compreende do art. 82 ao 104 e que versa sobre os estabelecimentos penais), determinação que, conforme reconhecida implicitamente pelo STF na súmula vinculante de nº 56, nem sempre é possível de ser observada (CNJ, 2010).

Ante a omissão do estabelecimento penal em adequar a situação do condenado ao contido em sua guia de recolhimento, este deve acionar o Poder Judiciário para que, após manifestação do Ministério Público, receba provimento judicial que imponha ao sistema prisional a regularização de sua situação (art. 194 e seguintes da Lei 7.210/84).

Além das dificuldades que o sentenciado encontra para ter adequado seu regime de pena e para regularização de sua situação prisional, inúmeras outras dificuldades para o gozo de direitos previstos em lei surgem na esfera administrativa. Dentre elas, destacam-se a dificuldade de acesso a trabalho interno nos estabelecimentos penais (dever e direito do preso, conforme dispõe os artigos 28, 31, 39, V, e 41, II, todos da LEP) e a burocracia e morosidade do sistema prisional para o recebimento de visitas e de assistência material (chamados kits) externa (art. 41, VII e X, da LEP).

Evidente que, até que seja o possível o exercício de todos os direitos do condenado não afetados pela sentença penal irrecorrível, o condenado, no limbo, já teve vilipendiada sua dignidade, bem como sua integridade moral (garantias previstas no art. 1º, III, e art. 5º, XLIX, da CRFB/88).

4.2.2 Do agravamento dos problemas da lacuna jurisdicional em razão da pandemia

Com o advento da pandemia do COVID-19, os problemas do limbo existente entre o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e a execução de uma pena privativa de liberdade se agravaram, sobretudo ante a publicação da Recomendação nº 62 do CNJ que, com o fim de evitar a propagação do novo coronavírus em espaços de confinamento (estabelecimentos penais), possibilitou que uma série de condenados que não se enquadrassem nas hipóteses do 117 da LEP (hipóteses de substituição do regime aberto para o recolhimento em residência domiciliar), tampouco nos casos descritos no art. 318 do CPP (hipóteses de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar), gozassem da concessão da prisão domiciliar mesmo em cumprimento de penas no regime semiaberto e aberto.

Em um cenário onde a OMS, o Governo Federal e o CNJ se posicionam favoravelmente à adoção de medidas para contenção da propagação do COVID-19, tem-se por inconcebível a necessidade de prisão de um indivíduo condenado à pena privativa de liberdade para que possa pleitear em PEP direitos inerentes a execução, dentre eles, a observância das disposições contidas na Recomendação nº 62 do CNJ.

Não é minimamente razoável que, por exemplo, um condenado à pena privativa de liberdade a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto e que é portador de doença que o insere no chamado “grupo de risco para o COVID-19” (como por exemplos diabetes, tuberculose, doenças renais e HIV) seja preso para, após a formação do PEP, poder requerer ao juízo da execução a concessão da prisão domiciliar, do mesmo modo que não é plausível que um condenado ao regime aberto que sabidamente não terá vaga em casa de albergado seja recolhido em estabelecimento penal em condições análogas ao regime fechado para que, após a formação do PEP, pleiteie ao magistrado competente a observância da súmula vinculante de nº 56².

A despeito dos apontamentos contidos no parágrafo anterior, a Sexta Turma do STJ, até o mês de agosto de 2020, manteve-se firme no entendimento de que é imprescindível a prisão do sentenciado para que o juízo criminal possa expedir a guia de recolhimento, tendo ainda exarado que, mesmo para pleitear a aplicação da Recomendação de nº 62 do CNJ ao condenado no regime aberto, o procedimento do art. 105 da LEP deve ser cumprido.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. **EXECUÇÃO PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. TRÂNSITO EM JULGADO.**

² Diz o verbete n. 56 da súmula vinculante do STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO. MANDADO DE PRISÃO. CUMPRIMENTO DO ART. 105 DA LEP. NECESSIDADE PARA REQUERER BENEFÍCIOS NA EXECUÇÃO. ATO COATOR NÃO DEMONSTRADO. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

2. Esta Corte Superior possui o entendimento no sentido de que, nos termos dos arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do Juízo das execuções - demanda prévia prisão do réu.

3. Não tendo sido demonstrado nos autos que a paciente, apesar de condenada ao cumprimento de pena em regime aberto, será mantida em regime fechado, não se verifica, de plano, a ocorrência de ato coator por parte do Juízo de execução, que apenas deu cumprimento ao preceito do art. 105 da LEP, motivo pelo qual não se verifica interesse de agir.

4. Para que o Juízo possa expedir a guia de execução da sentença, adequando o cumprimento de pena ao regime fixado na condenação transitada em julgado, inclusive em relação à aplicação da Recomendação 62/CNJ, é necessária a prisão do sentenciado.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no RHC 128.231/RJ, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 14/08/2020) (grifos nossos) (BRASIL, 2020f)

No julgado cuja ementa foi acima colacionada, o Ministro do STJ Nefi Cordeiro salientou que, inexistindo processo de execução penal, o condenado carece de interesse de agir, ficando impedido de acionar a jurisdição para coibir aquilo que entende por ameaça a direito.

No final de setembro de 2020, o Ministro do STJ Rogério Schietti Cruz, também integrante da Sexta Turma, foi relator de um *Habeas Corpus* em que, ao proferir seu voto, superou o entendimento daquela fração do Tribunal, exarando que a garantia constitucional de acesso à justiça deve prevalecer sobre a regra do art. 105 da Lei 7.210/84, ou seja, que a expedição da guia de recolhimento para formação do PEP prescinde da prisão do sentenciado.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691 DO STF NÃO SUPERADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO DEMONSTRADA. NÃO RECOLHIMENTO DA PACIENTE AO CÁRCERE. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. EMISSÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AÇÕES PENAIAS DISTINTAS. RELATORIA DE OUTRO JULGADOR. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

1. Admite-se a superação do enunciado n. 691 da Súmula do STF em casos excepcionais, quando, sob a perspectiva da jurisprudência desta Corte Superior, num exame superficial, a ilegalidade do ato apontado como coator é inquestionável e cognoscível de plano - o que não ocorre na espécie.

2. Não obstante a atual crise mundial trazida pela pandemia do novo coronavírus, a apenada ainda não se recolheu à prisão, tampouco comprovou o padecimento pelas enfermidades apontadas no writ. Não são bastantes, por si sós, os documentos colacionados aos autos para evidenciar que, quando segregada, a paciente não

receberá medicamentos, ou lhe será negado tratamento médico intramuros, ou que será submetida a iminente risco de contágio pela COVID-19, ou que, atualmente, apresente sintomas correspondentes a comorbidades severas.

3. Essas circunstâncias afastam, por ora, a aplicação da Recomendação n. 62/2020 do CNJ à sentenciada, sem prejuízo de ulterior decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais, competente para dirimir o incidente, à luz dos interesses em conflito.

4. Nos termos dos arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do juízo das execuções - demanda prévia custódia do réu.

5. No entanto, estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6. Justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do **cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de progressão de regime ou de prisão domiciliar pelo Juízo competente (Precedentes do STJ e do STF).**

7. Impossível avaliar se há ou não similitude fática, aos ditames do art. 580 do CPP, entre as condutas atribuídas à ré e à beneficiada do proveito de segregação domiciliar, mormente porque abordadas cada qual em um processo distinto. Não há falar em estender efeitos de decisão proclamada em outro feito, à acusada em demanda diversa (não existe concurso de pessoas), sobretudo de relatoria de outro julgador.

8. Ordem denegada. Concessão de habeas corpus, de ofício, para determinar, independentemente do recolhimento da paciente à prisão, se instaure o processo de execução, com observância do art. 65 da Lei n. 7.214/1984, e se submeta à análise do juízo competente o pleito de progressão de regime ou prisão domiciliar.

(HC 599.475/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 29/09/2020) (grifos nossos) (BRASIL, 2020g).

Ao fundamentar seu voto no *Habeas Corpus* cuja ementa foi colacionada, o Ministro Rogério Schietti Cruz citou raros precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) em que, de modo excepcionalíssimo, foi dado provimento a pretensão de jurisdicionados para que a guia de recolhimento fosse expedida e o processo de execução penal fosse formado sem a condicionante da prisão do condenado (HC n. 147.377/STF, de Relator Ministro Edson Fachin, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 6/9/2017; o HC n. 119.153/STF, de Relator Ministra Carmen Lúcia, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 6/6/2014; HC n. 366.616/SP, de Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., publicado no Diário de Justiça eletrônico de 5/5/2017).

Em outubro de 2020, o Ministro do STF Edson Fachin, quando da Relatoria de um *Habeas Corpus* impetrado contra julgado STJ em 18/02/2020 (curiosamente de Relatoria do citado Ministro Rogério Schietti Cruz), exarou o entendimento de que “*é no mínimo irrazoável condicionar a análise de benefício executório ao recolhimento prisional*”, sobretudo ante o “*esvaziamento da inafastabilidade da jurisdição*”, tendo concedido a ordem de ofício para que fosse expedida a guia de recolhimento de um indivíduo condenado mesmo sem o cumprimento do mandado de prisão, notadamente para que o juízo da execução penal

pudesse avaliar se tal indivíduo faz jus ao benefício por ele pretendido (HC 193.111/ES, Relator Min. Edson Fachin, 23/10/2020) (BRASIL, 2020h)

Evidente que, com a crise do limbo pelo cenário pandêmico, cresce a ruptura de entendimento dos tribunais superiores relacionada à imprescindibilidade da prisão dos condenados a penas privativas de liberdade para que possam acionar a jurisdição, ruptura que, por sua vez, tem como alicerce a garantia prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2.3 Da não recepção pela Constituição das normas que possibilitaram a existência da lacuna jurisdicional

Como esclarecido anteriormente, o limbo do Poder Judiciário ainda existente entre uma sentença penal condenatória irrecorrível e o início do processo de execução penal encontra amparo normativo nos artigos 676 e 677 do CPP, que foi publicado em 13/10/1941 e retificado em 24/10/1941, e no art. 105 da Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, publicada em 13/07/1984, todas anteriores a vigência da atual ordem constitucional.

A existência de dispositivos legais que impedem o acesso ao Poder Judiciário quando de lesões ou ameaças à direitos evidentemente contraria a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Logo, se tais dispositivos precedem a atual ordem constitucional, estes não foram recepcionados pela Constituição em vigor.

Se não bastasse a grave violação à garantia constitucional de acesso à jurisdição, a vigência dos artigos 676 e 677 do CPP e do art. 105 da LEP em um ordenamento jurídico em que inexistente instrumento processual de defesa prévia aos efeitos primários da condenação (meios de impugnação aos excessos na execução) resulta em grave afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, vez que o suposto contraditório diferido é ineficaz contra os excessos já sofridos.

Assim sendo, não é forçoso concluir que a necessidade de prisão do sentenciado para expedição da guia de recolhimento para formação do PEP prevista nos artigos 676 e 677 do CPP e no art. 105 da LEP não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo em razão de que tal condicionante faz com que exista um limbo do Poder Judiciário entre uma sentença condenatória transitada em julgado e um processo de execução penal, limbo que tem como consequência a negativa de vigência de uma série de garantias constitucionais (acesso à jurisdição, ampla defesa, contraditório, preservação da integridade e dignidade do preso).

4.3 DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O EXERCÍCIO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO ANTES DA INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA EXECUÇÃO PENAL

Em consonância com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88), os processos e procedimentos de execução no Brasil, em regra, preveem mecanismos e instrumentos para que o executado se defenda antes de sofrer os efeitos da execução, notadamente para se evitar execuções indevidas ou o chamado excesso na execução.

Renato Marcão, ao lecionar sobre excessos na execução penal, traz os seguintes exemplos:

Entre outros, na prática são comuns os seguintes exemplos de excesso: 1) submeter o executado a regime mais rigoroso do que aquele a que tem direito em razão do fixado na sentença ou em decisão que concedeu progressão; 2) manter em cadeia pública ou estabelecimento inadequado aquele a quem se impôs medida de segurança; 3) submeter o executado a sanção administrativa além do fixado em lei. (MARCÃO, 2021, p. 144)

No processo civil, em se tratando de cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, o executado é intimado para pagar o débito voluntariamente no prazo de 15 (quinze) dias (art. 523 do CPC) ou, caso não cumpra a obrigação naquele prazo, deve apresentar impugnação à execução, também no prazo de 15 (quinze dias), a contar do término do prazo para o pagamento voluntário (art. 525 do CPC).

No caso de impugnação à execução cível, o juiz poderá determinar a prática de atos executivos ou conceder efeito suspensivo à execução, evitando que o executado sofra danos graves ou de difícil ou incerta reparação (§ 6º do art. 525 do CPC).

Assim sendo, mesmo que a execução se funde em título executivo judicial, somente após o executado ter a oportunidade de pagar voluntariamente sua dívida ou de se defender é que passará a sofrer os efeitos da execução, notadamente os necessários à efetivação do crédito contido no título executado.

Também na execução judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública, regulamentada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, é dada oportunidade para o executado pagar voluntariamente a dívida ativa (art. 8º da Lei 6.830/1980) ou para oferecer embargos (art. 16 da Lei 6.830/1980), somente sofrendo os efeitos diretos da execução após o julgamento dos embargos apresentados.

O direito aos embargos à execução ou de impugnação à execução de decisões judiciais transitadas em julgado também encontra respaldo nos processos trabalhistas, neste

caso, sendo requisito para defesa a garantia da execução ou penhora de bens hábeis a satisfação do credor (art. 884 da CLT).

Nota-se que, em todos os ramos do direito, os efeitos da execução de uma decisão judicial transitada em julgado precedem da possibilidade do executado se manifestar, o que, como será demonstrado, não ocorre nas execuções penais.

4.3.1 Da ausência de instrumentos processuais prévios aos efeitos da execução

Como esclarecido anteriormente, o próprio Poder Judiciário pode, de ofício, promover a execução penal. Todavia, para que seja formado o Processo de Execução Penal (PEP) de uma pena privativa de liberdade, a legislação vigente impõe como requisito a prisão do executado.

Nota-se que, no caso da execução penal, o processo executório só é formado após o momento em que o executado passa a sofrer os efeitos da sentença condenatória à pena privativa de liberdade (prisão), inexistindo qualquer instrumento processual na legislação hábil a impedir a prisão ou mesmo o excesso na execução da pena.

Se não bastasse a imprescindibilidade da prisão para formação do PEP, tem-se que o condenado que é capturado não é imediatamente colocado no regime que lhe foi aplicado na sentença ou mesmo em estabelecimento prisional previsto para tal regime, sendo obrigatoriamente colocado em situação análoga ao regime fechado, o que a prática forense denomina “triagem”.

O período de “triagem”, justificado como período para devida classificação do preso e realocação para um estabelecimento prisional adequado, comumente coincide com o período do “limbo” da jurisdição (lacuna jurisdicional entre uma sentença condenatória transitada em julgado e um processo de execução penal), tempo em que o condenado fica em condições análogas ao regime fechado (independentemente do regime em que foi condenado) e com limitações ao acesso ao judiciário.

Para que fosse possível o exercício do contraditório e da ampla defesa em sede de execução penal, **seria imprescindível a possibilidade do cumprimento voluntário da pena** (com direito a apresentação voluntária do condenado em local adequado ao cumprimento de sua pena privativa de liberdade), **bem como a existência de um instrumento de defesa prévio aos efeitos da condenação** (embargos à execução, impugnação ou algo do gênero).

A hipótese de ser possível o cumprimento voluntário de pena, com apresentação voluntária do condenado no estabelecimento penal compatível com a sanção imposta, seria um mecanismo condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da

CRFB/88) e com a garantia constitucional de preservação integridade moral do preso (art. 5º, XLIX, da CRFB/88 c/c o art. 40 da Lei 7.210/84), sistema que evitaria a exposição do condenado ao sensacionalismo (direito previsto no art. 41, VIII, da Lei 7.210/84), bem como aos constrangimentos criminalizados pelo art. 13 da Lei 13.869/2019 (exibição do preso à curiosidade pública ou a situação vexatória).

Obviamente que a possibilidade de apresentação voluntária do condenado para cumprimento de pena em estabelecimento penal compatível com a sanção imposta poderia ser excepcionada por medidas assecuratórias, com a figura de um contraditório diferido, notadamente quando há risco de que o condenado tente frustrar a execução (exatamente como é feito nos demais processos de execução de outros ramos do direito).

Quanto à necessidade de um instrumento de defesa prévio aos efeitos da execução, este seria de extrema valia nos casos em que o condenado faz jus a direitos ainda não conhecidos pelo juízo da execução, tais como a detração da pena provisória cumprida (art. 42 do CP), aplicação de lei benéfica posterior a condenação a ser executada, respeito a direitos inerentes ao regime semiaberto (trabalho externo, para manutenção de vínculo empregatício; autorização para continuidade de estudos; saída temporária), devida assistência à saúde em casos de doenças (condenado poderia suscitar ser portador de doença infectocontagiosa, por exemplo, evitando o contágio de outros presos, bem como demonstrar a necessidade de ser preso em estabelecimento penal com estrutura a suas necessidades).

Resta evidente que a prévia regularização da execução de uma pena privativa de liberdade, em que os direitos dos condenados seriam resguardados desde o primeiro dia de pena, garantiriam mais efetividade à execução penal.

4.3.2 Do *Habeas Corpus* como panaceia

Inexistindo instrumentos processuais de defesa prévios aos efeitos da condenação, tem-se o *Habeas Corpus* como remédio constitucional hábil a impedir excessos e absurdos na execução penal.

O *Habeas Corpus* é inserido na Constituição da República como uma garantia constitucional (art. 5º, LXVIII, da CRFB/88), um instrumento processual hábil a coibir ameaças e lesões na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Aury Lopes Júnior considera que o *habeas corpus* se trata de uma “ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com *status* constitucional”, sendo ação de procedimento sumário, haja vista a limitação de sua cognição (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 1.121)

A lei processual penal, ao dispor sobre o *Habeas Corpus*, não especifica que tal remédio constitucional pode ser usado em sede de execução penal, todavia permite sua utilização em qualquer tipo de risco ou efetivação de prisão ilegal (art. 647 e seguintes do CPP), salvo nos casos de punição disciplinar (antiga prisão administrativa).

De forma excepcionalíssima, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm concedido a ordem de *Habeas Corpus* aos pacientes que, comprovadamente, fazem jus a direitos na execução penal, mas que, por não se encontrarem presos, não tiveram a guia de recolhimento (de execução) expedida pelos juízes da sentença. As ordens de *Habeas Corpus* são para determinar a expedição das guias de recolhimento independentemente da prisão dos pacientes, notadamente para que estes possam ter acesso ao Poder Judiciário (HC 599.475/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 29/09/2020) (BRASIL, 2020g).

A existência de instrumentos de defesa para que os condenados busquem a efetivação da garantia da individualização da pena, bem como a garantia do respeito a sua integridade física e moral no cárcere, antes do início do cumprimento da sanção imposta na sentença condenatória, impediria (ou minimizaria) os riscos de que pessoas que vivenciam situações excepcionais, como as portadoras de problemas graves de saúde, sejam submetidas às mazelas do sistema prisional.

Assim, pela falta de instrumentos processuais de defesa, tem-se o *Habeas Corpus* como única medida capaz de sanar tal omissão do legislador e do sistema de execução penal.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA DEFINITIVA. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE QUE CUMPRE PENA POR ROUBO MAJORADO, EM REGIME FECHADO, É PORTADOR DE HIPERTENSÃO ARTERIAL E SOFRE DE DOENÇA GENÉTICA (ANGIOEDEMA HEREDITÁRIO) QUE DEVE SER TRATADA COM MEDICAMENTO DE USO CONTÍNUO NÃO DISPONÍVEL NA UNIDADE PRISIONAL DEVIDO A SEU ALTO CUSTO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. EXCEPCIONALIDADE QUE AUTORIZA A FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 5º, III, DA RESOLUÇÃO N. 62/2020 - CNJ E DO DISPOSTO NO CAPUT DO ART. 117 DA LEP, COMO MEDIDA HUMANITÁRIA, PARA AUTORIZAR A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, COM AMPARO NO ART. 117, II, DA LEP (CONDENADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 15/06/2018).

2. Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender - como parte do núcleo intangível que permeia esse direito

fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana - o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que dela necessitarem, notadamente os presos que ostentam saúde fragilizada. O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se arredável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão. (HC 619.700/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 02/12/2020).

Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da fraternidade.

3. A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segregado convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócurrenente na espécie.

4. Muito embora o art. 5º, III, da Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não recomende a concessão de prisão domiciliar a condenado que cumpre pena em regime fechado, sobretudo quando responder por crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e o art. 117 da Lei de Execução Penal somente permita a concessão de prisão domiciliar a executado que cumpre pena no regime aberto, a grave situação da saúde do executado, comprovada nos autos, configura nota de excepcionalidade que autoriza a concessão da prisão domiciliar como medida humanitária. Precedentes: HC 574.582/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 30/06/2020 e HC 577.832/DF, Relator Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 04/08/2020.

- Segundo jurisprudência desta Corte, "é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade" (HC 404.006/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 22/11/2017).

- Para a prisão domiciliar humanitária, concedida aos apenados acometidos de moléstias graves, exige-se a comprovação da debilidade do condenado e a constatação de que o tratamento adequado ao restabelecimento de sua saúde encontra-se comprometido, diante da inexistência de assistência necessária no interior do estabelecimento prisional.

5. Situação em que o paciente se enquadra no grupo de risco de maior possibilidade de contágio pelo coronavírus, por ser portador de hipertensão arterial. Ademais, padece de doença genética (angioedema hereditário) que, além de submetê-lo a muitas dores e a crises (2 a 3 vezes por mês) que demandam internação, necessita de cuidados imediatos, nos momentos de crise (nos quais pode ser acometido de asfixia por edema de glote), com risco de morte e/ou de lesões cerebrais, caso não sejam ministrados a tempo e modo. Isso sem contar que restou provado que a unidade prisional não tem condição de lhe fornecer o medicamento que deve utilizar continuamente, assim como não é certo que a equipe de saúde disponível no presídio possua treinamento adequado para lidar com eventual situação emergencial de bloqueio respiratório durante as crises a que estão sujeitos os portadores da doença genética de que padece o paciente. Laudos e manifestações técnicas apresentadas, que comprovam a moléstia hereditária incurável e grave, bem como a deficiência estrutural do estabelecimento prisional para a situação em foco (angioedema hereditário).

- Diante de tal quadro, não é recomendável que o paciente retorne à unidade prisional enquanto perdurarem suas crises constantes e a unidade prisional não for capaz de lhe fornecer o tratamento adequado e o medicamento de alto custo de que necessita fazer uso contínuo.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente seja posto em prisão domiciliar enquanto perdurarem suas crises constantes e a unidade prisional não for capaz de lhe fornecer o tratamento adequado e o medicamento de que necessita fazer uso contínuo, devendo o Juízo das execuções proceder à reavaliação anual da situação de saúde do condenado, assim como dos

fatores que tenham condão de alterar o quadro autorizador da concessão de prisão domiciliar ao paciente. Possibilidade de saída da residência apenas para consultas, internações e urgências médicas. Uso do monitoramento eletrônico e de outras medidas de reforço, a critério do Juízo a quo oficiante.

(HC 646.490/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19/03/2021) (BRASIL, 2021)

Em alguns casos, a mera possibilidade do condenado, com fundado motivo, pugnar pelo adiamento do início do cumprimento de sua pena privativa de liberdade, garantiria-lhe mais dignidade e evitaria transtornos à administração prisional e ao juízo da execução.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE ENFERMO COM INDICAÇÃO CIRÚRGICA. UNIDADE PRISIONAL SEM MÉDICO. EXCEPCIONALIDADE APTA A DEFERIR O BENEFÍCIO AO PACIENTE. LIMINAR DEFERIDA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No caso, verifica-se que, nos termos do acórdão ora hostilizado, trata-se de execução de pena privativa de liberdade de 54 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática de crimes de homicídio qualificado. A despeito disso, não há notícia de descumprimento pelo paciente da cautelar imposta, então, razão assiste à impetração, uma vez que, nos termos do acórdão ora hostilizado, trata-se de unidade prisional sem médico e paciente com indicação cirúrgica.

2. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar, determinar que o paciente cumpra pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, no prazo máximo de 3 meses para realizar o procedimento cirúrgico, caso isso não ocorra, deverá retornar ao sistema penitenciário, a ser implementado e fiscalizado pelo Juízo da Execução penal competente.

(HC 611.249/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/05/2021) (BRASIL, 2021a)

Assim, ante a falta de um instrumento processual que impeça excessos na execução ou que possibilitem a efetiva individualização da pena em casos excepcionais, o *Habeas Corpus* tem sido utilizado para provocar o judiciário em casos de iminente ameaça ou efetiva lesão a direitos na execução penal.

4.4 DO ÔNUS PETITÓRIO E PROBATÓRIO PARA O DESLINDE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o chamado sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade (§2º do art. 33 do CP e art. 112 da Lei 7.210/84), o deslinde da execução penal se dá com efetivo cumprimento da sanção imposta na sentença penal condenatória, cumprimento que perpassa pelos regimes de pena previstos na legislação (fechado, semiaberto e aberto).

Como esclarecido no item 2.4 desta pesquisa (DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL E DE SEU FUNCIONAMENTO), o

Brasil adota o sistema progressivo para execução das PPL, de modo que a Lei 7.210/84, especificamente em seu art. 112, prevê percentuais da pena a serem cumpridos pelos condenados para que satisfaçam um dos requisitos para progressão de regime (requisito objetivo), percentuais que variam de acordo com o perfil do condenado (se primário ou reincidente) e com a natureza do crime pelo qual está cumprindo pena (se com violência ou grave ameaça, hediondo ou equiparado, dentre outras classificações).

Taiguara Libano Soares e Souza, sobre o sistema progressivo, aduz que:

A despeito do fato de preservar a segregação celular como ponto de partida da execução penal, contribuindo sobremaneira para aniquilação da subjetividade do apenado, o sistema progressivo é reconhecido como menos danoso. Entretanto, não está ileso à crise de legitimidade que assola o sistema penitenciário de modo crescente. A distância abismal entre o ser e o dever ser no cárcere torna o arrefecimento punitivo, previsto no regime progressivo, praticamente inócuo. A realidade da superlotação, a corrupção, as condições degradantes de infraestrutura compreendem toda sorte de violação de direitos humanos, resultando na inefetividade do seu condão corretivo e ressocializador. (SOUZA, 2018, p. 65)

Ocorre que o cumprimento do percentual da pena previsto em lei, por si só, não assegura que o condenado tenha a progressão de regime, sendo necessário todo um rito para que este condenado tenha o pretendido direito à progressão efetivado (se também preencher os outros requisitos legais).

A presente pesquisa, neste ponto, busca aferir se o rito para a efetivação do direito a progressão de regime é compatível com os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo com o sistema acusatório.

4.4.1 Da iniciativa para o pleito de progressão de regime e da sistemática adotada

A Lei 7.210/84 atribui ao Ministério Público e a Defensoria Pública (atribuição que se estende à defesa particular) o dever de requerer a progressão de regime, as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo, bem como outros direitos dos condenados na execução penal (atribuições do MP no art. 68, II, da Lei 7.210/84, enquanto que as atribuições da Defensoria Pública encontram-se no art. 81-B também da Lei 7.210/84), requerimentos que devem ser dirigidos ao juízo da execução (rol de competências do juízo da execução no art. 66 da Lei 7.210/84).

Ocorre que, na prática forense, é a defesa quem detém o ônus de aferir se o condenado preencheu os requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime e para obtenção de outros direitos da execução, bem como de comprovar a satisfação de tais

requisitos ao juízo da execução, ficando o MP incumbido de fiscalizar o pleito da defesa, emitindo parecer sobre o requerimento apresentado (§2º do art. 112 da Lei 7.210/84).

Somente após o requerimento da defesa do condenado e do parecer do Ministério Público sobre o pleito apresentado será o feito levado à conclusão, oportunidade em que o juízo da execução decidirá acerca do direito pretendido.

Infelizmente, a comum morosidade para apreciação de pedidos realizados em sede de execução penal tem como consequência a violação de direitos e garantias fundamentais, como explica Patrick Cacicedo no artigo “O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa”:

O cotidiano nas varas de execução penal no Brasil demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico, como apontou relatório do Conselho Nacional de Justiça. Para além de um funcionamento burocrático e irregular, trata-se de verdadeira violação de direitos com efeitos concretos sobre a liberdade das pessoas sob jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo. (CACICEDO, 2018)

Mesmo com decisão judicial concedendo ao condenado a progressão de regime ou outro direito relacionado à execução penal, a satisfação deste direito somente se dará após a ação estatal, notadamente com a transferência do condenado para um estabelecimento penal (ou fração do estabelecimento) compatível com o novo regime.

Não raras vezes, o condenado, com direito a progressão de regime reconhecido pelo Poder Judiciário, permanece no regime anterior, seja pela inércia do Estado, seja pela ausência de estabelecimento penal adequado (ou de vagas no estabelecimento adequado), razão pela qual foi editada a súmula vinculante 56, que veda a manutenção de um condenado em regime prisional mais gravoso que o estabelecido pelo judiciário.

Sendo a individualização da pena uma garantia constitucional (art. 5º, XLVI, da CRFB/88), bem como o excesso ou desvio da execução um mal a ser evitado e combatido (art. 185 da Lei 7.210/84), inclusive com a possível responsabilização civil do Estado (art. 5º, LXXV, da CRFB/88), tem-se que a sistemática adotada para progressão de regime das penas privativas de liberdade no Brasil merece ser revista.

4.4.2 Do ônus da prova por parte do condenado

Como elucidado anteriormente, além de cumprir um percentual da pena aplicada para progressão de regime (requisito objetivo), o condenado também deve provar que satisfaz

requisitos subjetivos para almejada progressão, como, por exemplo, a boa conduta carcerária (§1º do art. 112 da Lei 7.210/84).

Para a progressão ao regime aberto, a Lei 7.210/84 ainda insere como requisitos subjetivos a “aceitação” do condenado ao programa e as condições impostas pelo juiz, a prova de trabalho ou de possibilidade imediata de trabalhar e a apresentação de “fundados indícios” de que irá se ajustar, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (art. 113 e 114 da Lei 7.210/84).

Antes da Lei 13.946/2019, mencionada pela imprensa como “pacote anticrime”, a Lei 7.210/84 ainda facultava ao juiz a submissão do condenado a exame criminológico para concessão da progressão regime (revogado parágrafo único do art. 112 da Lei 7.210/84).

Pois bem, a problemática para comprovação dos requisitos subjetivos se perfaz no fato de que o ônus de provar que o condenado satisfaz os requisitos legais para pretendida progressão de regime é da defesa.

A prova da boa conduta carcerária é feita mediante certidão exarada pelo diretor do estabelecimento penal em que o condenado se encontra, ou seja, é produzida pelo Estado e fornecida ao defensor para que a apresente ao juízo da execução.

Ocorre que o diretor do estabelecimento prisional não emite certidão comprobatória de boa conduta carcerária se o condenado se encontrar submetido à procedimento para apuração de falta disciplinar (art. 59 da Lei 7.210/84), procedimento que, a despeito de previsto na legislação vigente, não é regulamentado por lei.

Assim sendo, a despeito das garantias constitucionais do devido processo legal, da presunção da inocência e da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade (art. 5º, incisos LIV, LVII e LXXVIII, da CRFB/1988), pode o condenado ficar impedido de comprovar a satisfação do requisito subjetivo para progressão de regime por conta da inércia ou morosidade da administração prisional em conduzir um procedimento disciplinar (não regulamentado por lei) que, como elucidado, impede a emissão de certidão de boa conduta carcerária.

Quanto aos requisitos previstos nos artigos 113 e 114 da Lei 7.210/84, nota-se que estes são dotados de um elevadíssimo grau de subjetividade e, comumente, de difícil comprovação por parte da defesa.

Óbvio que o condenado que se encontra no regime semiaberto, para ingressar no regime aberto, aceitará qualquer condição ou programa a ser estabelecido pelo juízo da execução, sendo o requisito do art. 113 da Lei 7.210/84 desnecessário.

O requisito do art. 114, I, da Lei 7.210/84 (prova de trabalho ou de imediata possibilidade de trabalhar) é incompatível com a realidade brasileira, vez que o trabalho é

escasso até para a parcela da população que detém certa qualificação e que não se vê submetida aos efeitos de uma sentença penal condenatória.

A exigência de fundados indícios de que o condenado irá se ajustar ao novo regime, por sua vez, também é requisito subjetivo que ofende a razoabilidade, vez que não existe critérios para aferição de tais indícios. Eventual indeferimento do pleito de progressão de regime pela não demonstração do requisito do art. 114, II, da Lei 7.210/84 mostra-se contrário ao objetivo do sistema progressivo da pena, vez que o condenado reincidente, por exemplo, jamais teria a possibilidade de ingressar no regime aberto.

4.4.3 Da proposta de sistema progressivo da pena em atenção aos ditames constitucionais

A Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que dispõe sobre a prisão temporária, contém em seu bojo um dispositivo interessantíssimo, a saber, o art. 7º, que determina que, decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia do preso deverá colocá-lo imediatamente em liberdade, independentemente de nova ordem judicial (BRASIL, 1989).

Nota-se que a Lei 7.960/89 demonstra uma grande preocupação com a possibilidade de excesso de prazo na prisão cautelar, dispensando decisão judicial para soltura do preso que cumpriu o tempo de prisão que havia lhe sido imposto.

Infelizmente, em se tratando de execução penal, a despeito da previsão constitucional de que o excesso na execução será indenizado (art. 5º, LXXV, parte final, da CRFB/88), não há qualquer norma que efetivamente impede o excesso.

Para que fosse possível o cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade sem risco de excesso na execução, seja de um único dia, o condenado, ao iniciar o cumprimento de sua reprimenda, já teria que ter estabelecidas as datas para as progressões de regime e, se cabível, a data para o livramento condicional.

Pela lógica constitucional que dispõe que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), para a progressão de regime bastaria o cumprimento do percentual de pena previsto em lei, devendo a autoridade administrativa responsável pelo estabelecimento prisional em que o condenado se encontra efetivar a progressão imediatamente após a satisfação do requisito objetivo (exatamente como é feito na prisão temporária).

Sob a perspectiva do sistema acusatório, caberia ao Ministério Público, fiscal da execução penal, apresentar eventuais embargos à progressão de regime, caso o condenado

tivesse qualquer fator impeditivo ao direito à progressão (como má conduta carcerária) ou modificativo da execução da pena (como outra condenação pendente de ser somada à execução em vigor).

Sem a intervenção do MP, fiscal da execução, para apresentar eventuais impedimentos ou modificações da execução da pena do condenado, deveria vigorar o princípio da presunção da inocência, sendo presumida a boa conduta carcerária e outros requisitos subjetivos exigidos pela lei.

A hipótese de solução do problema do sistema progressivo da pena privativa de liberdade apresentada é comungada pela vertente garantista do processo penal, como se verifica no trabalho de Patrick Cacicedo:

A defesa da jurisdicionalização da execução penal nesta seara oculta o concreto prejuízo à liberdade humana exercido pelo funcionamento do próprio controle judicial sobre as penas. O atraso na efetivação de direitos do sistema progressivo configura constrangimento ilegal ao jurisdicionado, que, para além dos mecanismos existentes na legislação processual brasileira, deveria ser objeto de efetiva reforma no sentido de realmente afastar o controle judicial burocrático para o fim de efetivar os direitos em tela, que deveriam ser automaticamente concedidos quando preenchidos os requisitos legais, restando a atividade judicial necessária apenas nos casos em que o órgão do Ministério Público demonstrasse por iniciativa própria que determinados direitos não se encontram presentes concretamente.

Trata-se, aqui, de verdadeira mudança de paradigma, a partir do qual se defende uma radical inversão na forma de concessão dos direitos do sistema progressivo da execução penal, no qual cumpriria à acusação a comprovação da ausência dos requisitos legais de cada direito, sendo devida a intervenção judicial somente nesses casos. Desta forma, enquanto não houver manifestação judicial negando o referido direito, tem-se como automática sua efetivação assim que cumpridos os lapsos temporais previstos em lei, sem necessidade de intervenção judicial. Para tanto, por evidente, é necessária reforma legal regulamentando de maneira clara a questão. (CACICEDO, 2018)

Somente uma mudança de cultura na execução penal e uma efetiva incidência do sistema acusatório no modelo de execução das penas privativas de liberdade seria capaz de fazer com que as garantias constitucionais vigentes fossem também asseguradas aos condenados.

4.5 DA DISCIPLINA E DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DAS FALTAS

O parágrafo único do art. 44 da Lei 7.210/84 esclarece que todo condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, bem como os presos provisórios, estão sujeitos à disciplina, sendo que, para os presos submetidos à execução penal, determinadas sanções administrativas repercutirão diretamente no exercício dos direitos da execução (benefícios) e, em último caso, no regime de cumprimento de pena em que estão inseridos. (BRASIL, 1984)

Segundo o *caput* do art. 44 da LEP, a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho, objetivos imprescindíveis à gestão dos estabelecimentos penais e a efetividade das execuções penais.

A submissão do indivíduo à disciplina se dá quando de sua prisão (definitiva ou provisória) ou quando do início da execução de sua pena restritiva de direitos (PRD), oportunidade em que deverá ser cientificado das normas disciplinares (art. 46 da Lei 7.210/84) e terá como dever se comportar de acordo com as normas que lhe foram impostas (art. 39, I, IV e VI, da Lei 7.210/84).

A inobservância das regras disciplinares constitui falta disciplinar, falta que pode ser classificada como grave, média ou leve. As faltas graves encontram-se especificadas de forma taxativa nos artigos 50 e 51 da Lei 7.210/84, enquanto as faltas médias e leves são ditadas pela legislação local.

Quando da notícia de uma suposta prática de falta disciplinar pelo preso ou condenado submetido à PRD, a autoridade administrativa dotada de poder disciplinar (diretor de estabelecimento penal ou de órgão de fiscalização de cumprimento de PRD), deverá instaurar procedimento para sua apuração, procedimento administrativo que, necessariamente, deverá assegurar ao suposto infrator o direito de defesa (art. 59 da Lei 7.210/84), bem como as demais garantias constitucionais de natureza processual.

No curso do procedimento para apuração de falta disciplinar, a autoridade administrativa competente poderá decretar medidas cautelares, dentre elas, o isolamento preventivo do suposto infrator pelo prazo de até 10 (dez) dias (art. 60 da Lei 7.210/84), a suspensão ou interdição temporária de direitos por até 30 dias (art. 58, da Lei 7.210/84), bem como a regressão cautelar de regime sem prévia oitiva do condenado (HC 184.988/RJ, Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/02/2013, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/02/2013) (BRASIL, 2013).

Ao final do procedimento administrativo para apuração da falta disciplinar, a autoridade administrativa deverá julgar a imputação transgressional e, se confirmada a prática de ilícito administrativo, aplicar uma das sanções previstas no art. 53 da LEP (com exceção da inclusão de preso no regime disciplinar diferenciado - RDD, que carece de decisão judicial) em atenção aos critérios previstos no art. 57, também da Lei 7.210/84 (natureza, motivos, circunstâncias e consequências da infração disciplinar, circunstâncias pessoais do transgressor e tempo de prisão).

Na hipótese de o condenado praticar fato previsto como crime doloso no curso da execução da pena, a conduta constituirá falta grave (art. 52 da Lei 7.210/84), situação em que

o condenado deverá também ser ouvido pelo juízo da execução (§2º do art. 118 da Lei 7.210/84) que, por sua vez, poderá aferir a observância da legalidade do procedimento disciplinar instaurado (convalidando-o ou anulando-o), dar definição jurídica diversa da falta imputada ao infrator (desclassificar a falta grave para falta de outra natureza), bem como homologar judicialmente a falta grave praticada, impondo as sanções aplicáveis à espécie (regressão de regime, revogação de benefícios, revogação de tempo remido, conversão de PRD em PPL e inclusão de preso no RDD).

Paralelamente à adoção de medidas administrativas para apuração de fato definido como falta grave pela prática de crime doloso cometida por condenado submetido à execução penal, inicia-se uma persecução penal autônoma, podendo, inclusive, ocorrer uma prisão em flagrante de indivíduo já preso.

Os desdobramentos criminais pela prática de infrações penais cometidas por indivíduos que já se encontravam no cumprimento de suas respectivas penas são comuns às demais persecuções penais, não interessando ao presente trabalho, com exceção das interseções entre as repercussões criminais e administrativas de tais infrações.

Pois bem, a despeito da aparente legalidade da disciplina imposta aos condenados e aos presos provisórios, verifica-se que inexistente lei (em sentido estrito) regulamentando o procedimento para apuração das faltas grave, lacuna que é preenchida pela jurisprudência e por atos normativos do Poder Executivo.

Para este trabalho, importa o exame da constitucionalidade deste procedimento para apuração das faltas disciplinares que também constituem crimes dolosos, exame que ficará adstrito à apuração das faltas cometidas no curso das execuções penais.

4.5.1 Dos preceitos constitucionais que deveriam ser observados no processo administrativo para apuração de fato que, simultaneamente, configura crime doloso e falta disciplinar grave

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a matriz para interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, inclusive para as disposições da Lei 7.210/84, sendo que as normas incompatíveis com a Constituição devem ser consideradas como não recepcionadas pela atual ordem constitucional (normas anteriores a sua vigência) ou inconstitucionais (publicadas após a vigência da Lei Fundamental).

A República Federativa do Brasil, ao pretender constituir um Estado Democrático de Direito, fez a opção constitucional de possuir como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, indicou como um de seus objetivos a construção de uma sociedade justa,

além de ter inserido no *caput* de seu principal dispositivo relacionado aos direitos e garantias fundamentais a igualdade de todos perante a lei (art. 1º, III, 3º, I, e art. 5º, *caput*, da CRFB/1988).

Ao tratar de direitos e garantias fundamentais, o Diploma constitucional assegura que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, que todos os acusados em processos judiciais ou administrativos (o que inclui processos para apuração de faltas disciplinares) gozarão da garantia do contraditório e da ampla defesa e que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, incisos LIV, LV e LVII, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

A própria Carta Constitucional assegura que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB/1988), ao impedir, como disposto no art. 3º da LEP, que direitos do condenado não afetados por sentença ou pela própria lei sejam suprimidos.

As garantias constitucionais ao tratamento isonômico perante a lei, ao devido processo legal, à presunção da inocência ante a imputação de um ilícito, ao contraditório e à ampla defesa também encontram-se previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica), normas internacionais relacionadas à direitos humanos cujo Brasil é signatário e que integram o ordenamento jurídico com status de normas supralegais (§2º do art. 5º da CRFB/1988).

É verdade que, com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, o indivíduo passa a ser considerado culpado quanto ao delito pelo qual foi julgado (art. 5º, LV, da CRFB/1988), situação em que tem suspenso seus direitos políticos (art. 15, III, da CRFB) e passa a sofrer os efeitos penais (inerentes à própria pena, também chamado de efeitos principais, tais como a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e/ou pena de multa) e extrapenais (afetos a outras relações jurídicas do condenado, tais como o dever de reparar civilmente os danos causados pelo delito, a perda de instrumentos e produtos do crime, a perda do cargo, função pública e mandato eletivo, dentre outros – art. 91 e 92 do CP) de sua condenação.

Por uma opção legislativa da responsabilidade subjetiva quanto às infrações penais e sendo vedado o chamado direito penal do autor (onde se pune o indivíduo e o rotula, ao invés de puni-lo por um fato, como se extrai da inteligência do art. 2º do Código Penal), ainda que o sujeito venha a ser culpado de um delito, este continua a gozar da presunção de inocência quanto a outros crimes (anteriores ou posteriores a condenação transitada em julgado) que eventualmente lhe recaia alguma acusação sem condenação por decisão irrecurável.

A despeito da culpa por fato criminoso apurado em processo legal, as demais garantias e direitos constitucionais não afetados pela sentença condenatória transitada em julgado (incluindo a presunção da inocência pela suposta prática de outros ilícitos) devem ser preservados (art. 3º da LEP), sob pena de ser dispensado ao condenado tratamento discriminatório e, conseqüentemente, desumano e degradante (ofensa ao art. 5º, III, da CRFB/1988).

Assim sendo, evidente que toda e qualquer garantia constitucional deve ser observada e resguardada quando do procedimento administrativo para apuração de falta grave em que é imputado ao condenado a prática de fato definido como crime doloso, vez que, como esclarecido, os direitos e garantias fundamentais não afetados pela sentença condenatória transitada em julgado que é executada (como a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião, sigilo de correspondências e das comunicações, dentre outros) possuem proteção constitucional (art. 5º, XLI, da CRFB/1988).

4.5.2 Do entendimento dos Tribunais Superiores quanto à garantia constitucional da presunção da inocência em processos para apuração de faltas graves pela suposta prática de crime doloso

As polêmicas relacionadas às faltas disciplinares no curso da execução penal, sobretudo quando de fato definido como crime doloso, têm sido enfrentadas pelos tribunais superiores, sendo que muitas questões já foram pacificadas pela jurisprudência.

Em 2015, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou o verbete nº 526 da sua súmula de jurisprudência que contém o seguinte enunciado:

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. (Súmula 526, Terceira Seção, julgado em 13/05/2015, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/05/2015) (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 776.823, com repercussão geral reconhecida (Tema 758), por unanimidade de votos, exarou o entendimento de que é dispensável o trânsito em julgado de condenação criminal por fato definido como crime doloso praticado no curso de execução penal para que tal fato seja considerado falta disciplinar grave (BRASIL, 2020i).

De acordo com o STF, o reconhecimento de falta grave pela prática de crime doloso no curso de uma execução penal trata-se de procedimento de natureza mista, a saber, de caráter administrativo e judicial, de modo que, sendo independentes as esferas, a exigência de

transito em julgado de sentença penal condenatória para uma imposição de sanção disciplinar se mostra como indevida vinculação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Curiosamente, o STF possui precedentes que, em prejuízo dos condenados, vincula a administração a atos judiciais. No julgamento RE de nº 972.598, o Plenário do STF se posicionou no sentido de que a oitiva do condenado no juízo da execução penal a respeito da prática de fato definido como crime doloso no curso do cumprimento de pena supre a necessidade de processo administrativo disciplinar para apuração da falta grave. (BRASIL, 2020c)

O tratamento que os tribunais superiores têm dado aos condenados quando da suposta prática de fatos penalmente tipificados extrapolam qualquer critério de razoabilidade e de proporcionalidade, vez que, até a prática de conduta criminosa “despenalizada” (hipótese do art. 28 da Lei 11.343/06, que prevê o crime de posse de droga para consumo pessoal, crime que não há cominação de PPL), é apta a configurar falta grave e ter como consequência a revogação de benefícios na execução e a regressão de regime de cumprimento de pena.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, apesar de o tipo não mais cominar pena privativa de liberdade, não houve descriminalização da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Assim, a posse de drogas no curso da execução, ainda que para uso próprio, constitui falta grave, nos moldes do art. 52 da LEP, pois o preso que pratica fato previsto como crime doloso durante o resgate das penas não demonstra comportamento adequado, apto a atrair os benefícios do sistema progressivo.

Em resumo, o STJ tem entendido que a prática da conduta de possuir drogas para consumo pessoal, prevista como crime no ordenamento, configura infração disciplinar de natureza grave no âmbito da execução penal. Precedentes.

2. Na hipótese vertente, a materialidade da infração ficou devidamente demonstrada por meio de laudo toxicológico.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 547.354/DF, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 13/02/2020) (BRASIL, 2020)

É de fácil percepção que as garantias constitucionais de natureza processual, como a garantia da presunção de inocência e a garantia do devido processo legal, são afastadas dos condenados acusados da prática de falta grave também definida como crime doloso pelos tribunais superiores sem qualquer pudor, como se estes, por se encontrarem na condição de culpados por outros crimes, atraíssem para si uma presunção de culpa que vigorará pelo tempo que perdurar a execução de sua sanção.

Vilipendiadas as garantias constitucionais dos condenados pela sonegação da observância de seus direitos processuais quando da apuração de falta grave pela suposta prática de crime doloso, este indivíduo sofre com os efeitos da aplicação das sanções disciplinares que, como explicado anteriormente, vão desde a suspensão de direitos da execução penal (isolamento cautelar e suspensão de direitos previstos na LEP) à regressão *per saltum* de regime (do regime aberto para o regime fechado, por exemplo), sendo possível, inclusive, a regressão para regime mais gravoso que o fixado na sentença condenatória executada (AgRg no REsp 1.778.649/PA, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 28/02/2020) (BRASIL, 2020a).

4.5.3 Da possibilidade da ocorrência de danos irreparáveis

Dispensado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para imposição das gravíssimas consequências da falta grave pela suposta prática de crime doloso ao condenado, é de suma importância a reflexão a respeito de como o Poder Judiciário (Estado) poderia reparar os danos sofridos pelo condenado que, após se ver injustamente vítima dos efeitos da falta grave aplicada, é isento de qualquer responsabilidade penal pela acusação que lhe foi lançada no curso da execução de sua pena.

Em regra, o condenado vítima de erro judiciário, bem como aquele que ficar preso por tempo além do fixado na sentença, tem direito à ser indenizado pelo Estado (art. 5º, LXXV, da CRFB/88 c/c art. 630 do CPP), detentor da responsabilidade objetiva.

A problemática emerge quando, em razão da incidência dos efeitos da falta grave pela suposta prática de crime doloso (consequência jurídica amparada pelo Poder Judiciário, inclusive com tema fixado em repercussão geral e súmula do STJ), o condenado permanece preso em regime mais gravoso que o fixado em sentença e com diversos direitos suprimidos.

Antes de adentrar a discussão mencionada no parágrafo anterior, faz-se necessário consignar que o STJ já foi instado a se manifestar em execuções penais em que o condenado sofreu com as consequências da aplicação de falta disciplinar grave pela suposta prática de crime e, posteriormente, veio a ter a responsabilidade penal afastada pelo próprio Poder Judiciário, o que demonstra que a problemática abordada ultrapassa as ficções doutrinárias.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS NO ÂMBITO DO ESTABELECIMENTO PENAL. FALTA GRAVE RECONHECIDA ADMINISTRATIVAMENTE. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO POR FALTA DE ESCLARECIMENTO QUANTO À AUTORIA DELITIVA.

REPERCUSSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes: REsp 1.226.694/SP, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 20/9/2011; REsp 1.028.436/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 3/11/2010; REsp 879.734/RS, Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/10/2010; RMS 10.496/SP, Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 9/10/2006" (RMS 32.641/DF, Relator p/ acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 8/11/2011, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 11/11/2011.) (RMS 45.897/MG, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 9/6/2016, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 17/6/2016)

3. Na espécie, o fato apurado no procedimento administrativo (prática de tráfico de drogas no âmbito do estabelecimento penal) caracteriza-se, ao mesmo tempo, como infração de natureza grave (lei de execuções penais) e como delito na lei penal. Assim, o arquivamento do inquérito policial por ausência de esclarecimentos quanto à autoria do delito necessariamente repercutirá na infração administrativa correspondente.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão da autoridade administrativa que reconheceu a prática da falta grave, bem como cassar a decisão judicial que a homologou, restabelecendo os dias remidos eventualmente perdidos e determinando-se o retorno do paciente ao regime semiaberto e a elaboração de novo cálculo de liquidação de penas, desconsiderando-se a data da falta grave para fins de benefícios.

(HC 524.396/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 22/10/2019) (BRASIL, 2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. PRÁTICA DE NOVO CRIME. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DESCONSTITUIÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. Contudo, se constatada a existência de manifesta ilegalidade, é possível a concessão da ordem de ofício (HC n. 299.261/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 4/9/2014, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/9/2014).

- No que concerne à prescrição, a jurisprudência desta Corte adota o posicionamento no sentido de que, após a vigência da Lei n. 10.234/2010, o prazo prescricional para apuração da falta disciplinar grave será de 3 (três) anos, de acordo com o art. 109, inciso VI, do Código Penal. Na hipótese dos autos, não restou caracterizada a prescrição, tendo em vista que a falta grave supostamente praticada em 30/10/2011 foi homologada em 24/1/2013.

- Embora seja respeitada a autonomia entre as esferas administrativa, civil e penal, a jurisprudência desta Corte entende que não pode subsistir o reconhecimento de falta disciplinar grave decorrente da suposta prática de crime diante da posterior absolvição. Precedente: HC n. 265.284/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 22/5/2014, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 27/5/2014.

- Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar a decisão de reconhecimento da falta grave, desconstituindo seus efeitos executórios decorrentes. (HC 284.309/SP, Relator Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19/08/2015) (BRASIL, 2015).

Pelos julgados cujas ementas foram colacionadas, nota-se que, quando da posterior isenção da responsabilidade penal do condenado por fato em que este sofreu os efeitos da falta grave (seja pelo arquivamento de investigação, absolvição, prescrição da pretensão punitiva, dentre outros), este faz jus a desconstituição dos efeitos decorrentes da aplicação da falta disciplinar, direito inextinguível se, em razão do decurso do tempo, o condenado for contemplado com a extinção de sua punibilidade.

Pois bem, a decisão administrativa e a decisão judicial que impõe os efeitos da falta grave ao condenado pela suposta prática de crime doloso no curso da execução penal encontra guarida na jurisprudência consolidada pelos tribunais superiores. Logo, eventual isenção de responsabilidade penal pelo fato anteriormente considerado falta grave não pode ser considerado erro judiciário, afastando a responsabilidade indenizatória do Estado.

O direito à desconstituição dos efeitos da falta grave ao condenado que, indevidamente, foi acusado da prática de crime doloso no curso da execução de sua pena, além de não reparar os inúmeros prejuízos sofridos pelo condenado pela submissão às consequências da suposta transgressão disciplinar, pode vir a ser inútil, sobretudo ante a extinção da punibilidade do condenado pelo cumprimento integral de sua pena.

Geraldo Prado, em artigo científico publicado na Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Iguazu – UNIG, traz exemplo de gravíssima situação que comumente ocorre nas execuções penais em que o condenado pratica uma falta considerada grave:

Caio, reincidente em crime doloso condenado a dezoito anos de reclusão, em regime fechado, trabalha internamente durante nove anos. Como para cada três dias de trabalho é possível a remição de um dia de pena, Caio tem direito a remir três anos de sua pena, que ficaria reduzida a quinze anos, nove dos quais cumpridos! Acontece que, de acordo com o artigo 127 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/94), o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, de sorte que se Caio, num dia menos inspirado, cometer falta grave, por essa indisciplina receberá a sanção adicional correspondente a três anos de reclusão, pena superior a de muitos crimes!

O episódio de um único dia de Caio na prisão poderá determinar uma virada decisiva e negativa na continuidade da vida do condenado, eliminando aquilo que ainda é a insulada e frágil garantia da sociedade no retorno dele ao convívio social amplo: sua esperança (PRADO, 2001).

Por fim, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto a impossibilidade da criação de um “crédito penal”, ou seja, da utilização de eventual benefício penal não gozado no momento oportuno em persecução penal futura (Agravo Regimental no *Habeas Corpus*

544.941/SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 24/03/2020) (BRASIL, 2020b).

4.5.4 Comentários finais sobre a disciplina

Após o estudo da aplicação das faltas disciplinares de natureza grave aos condenados pela mera imputação de fato definido como crime doloso, sendo entendimento pacífico dos tribunais superiores de que, para imposição dos efeitos da sanção disciplinar, dispensa-se o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tem-se que os indivíduos que se encontram submetidos à execução penal são, em determinados casos, vítimas de uma sonegação de seus direitos e garantias fundamentais.

Sem indenização, sem a previsão de reais benefícios na execução penal e sem possibilidade jurídica de algum benefício penal em outra persecução penal, a situação apresentada se mostra como um dano irreparável causada pelo Poder Judiciário ao condenado, o que reforça a ideia de que, aos condenados, é lícita a inobservância de direitos e garantias constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A execução das penas privativas de liberdade no Brasil não tem recebido dos Poderes da União a devida atenção, vez que a legislação vigente encontra-se eivada de dispositivos cuja recepção constitucional é duvidosa, o sistema prisional não dispõe de uma estrutura minimamente adequada para a implementação dos direitos dos presos (condenados ou provisórios) e o Poder Judiciário, mesmo ciente das mazelas vivenciadas pelos condenados, insiste na manutenção de uma sistema violador de garantias e direitos fundamentais.

A sociedade, que detém importantíssimo papel na execução penal, negligencia a precariedade do sistema punitivo e, por omissão, acaba por contribuir com o agravamento dos problemas vivenciados pelos condenados.

O ordenamento jurídico e a prática forense, no que tange a execução penal, não se adequaram ao sistema acusatório, fazendo com que exista verdadeira inversão de paradigmas quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ainda com resquícios do sistema inquisitorial, o processo penal tem evoluído para a observância do sistema acusatório, progredindo para a efetiva separação das funções do Poder Judiciário das funções do Ministério Público, avanços que partem da jurisprudência e acabam sendo positivados.

No trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e, excepcionalmente, na publicação da sentença condenatória recorrível em que é negado ao réu o direito de recorrer em liberdade, os elementos do sistema acusatório são abandonados e, para fins de execução penal (definitiva ou provisória), emerge fortalecido o sistema inquisitorial.

O Juiz, que deveria ser imparcial e equidistante, assume legitimidade para dar prosseguimento à pretensão punitiva estatal (que é privativa do MP), atuando *ex officio* para a satisfação da pretensão executória.

Sem qualquer instrumento processual que lhe garanta o exercício das garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório no início da execução (como ocorre em diversos outros tipos de execução de títulos judiciais), o condenado, ainda que conformado e interessado em cumprir a pena que lhe foi imposta, tem contra si a expedição de um mandado de prisão e, para ter garantido o acesso ao judiciário, deve ser preso (requisito para expedição da guia de execução).

Recolhido ao cárcere, o condenado deve aguardar entraves burocráticos do Poder Judiciário para ter acesso à jurisdição, vez que existe uma verdadeira lacuna para transferência da competência do juízo da condenação para o juízo da execução.

Na fase de execução, mesmo após cumprir os requisitos legais para progressão de regime ou para o exercício de direitos inerentes aos condenados, o condenado deve provocar a jurisdição e aguardar o trâmite do pleito para gozar de seu direito, isso se não houver embargos ou empecilhos gerados pela administração pública.

Enquanto aguarda o pronunciamento judicial que possibilitará o exercício de um direito, o condenado sofre com o excesso da execução, permanecendo em regime penal mais gravoso do que deveria.

Com sorte, se o condenado não tiver obstruído seu direito por questões administrativas (problemas ou procedimentos relacionados à disciplina), ainda que amparado com uma decisão judicial que lhe garantiu um direito na execução, ainda terá que esperar que a administração pública, se possível (se existir vaga para o regime adequado ou estrutura para o exercício de um direito reconhecido judicialmente), efetive seu direito.

Diante das questões expostas, conclui-se que todo o processo de execução das penas privativas de liberdade no Brasil, da forma com que é conduzido, tem como consequência uma série de violações a preceitos constitucionais, que afrontam o sistema acusatório e que ofendem direitos e garantias fundamentais dos condenados.

Ante a um sistema que, por natureza, é violador de direitos e garantias fundamentais, é imprescindível e urgente a busca por soluções que sanem os problemas existentes e que se compatibilize com os preceitos e mandamentos contidos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-corona-virus>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.
- BRAMBILLA, Tacyan Amaral de Figueiredo. **A visão garantista acerca das provas ilícitas no âmbito criminal**. Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 458-457, jul./dez, 2018.
- BRASIL. **Código Penal** (1940). Brasília, DF, Senado, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm Acesso em: 5 abr. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Brasília, DF, Senado, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689compilado.htm Acesso em: 5 abr. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 16 jan. 2022.
- BRASIL. **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF, Senado, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF, Senado, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 16 jan. 2022.
- BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 184.988/RJ**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/02/2013, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/02/2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26939375&num_registro=201001693855&data=20130218&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 776.823 RG/RS**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28/08/2014, publicado em 18/09/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=260435916&ext=.pdf>. Acesso em 12 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Verbete nº 526 da Súmula de Jurisprudência do STJ**. 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_44_capSumulas525-529.pdf. Acesso em: 10 de jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 284.309/SP**, Relator Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19/08/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50248487&num_registro=201304038078&data=20150819&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 524.396/SP**, Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/10/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 22/10/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=102051576&num_registro=201902244419&data=20191022&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 de jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 547.354/DF**, (2020). Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 06/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 13/02/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105554960&num_registro=201903508316&data=20200213&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.778.649/PA** (2020a), Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 28/02/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106549996&num_registro=201802990259&data=20200228&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 544.941/SP**, (2020b), Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 24/03/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=107330813&num_registro=201903367696&data=20200324&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 972.598/RS** (2020c). Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 04/05/2020, publicação em 06/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343918357&ext=.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 565.719/RJ** (2020d), Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 26/05/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 01/06/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=110219073&num_registro=202000607824&data=20200601&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 566.967/SP** (2020e), Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. Julgado em 16/06/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 25/06/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=109816332&num_registro=202000684169&data=20200625&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus n. 128.231/RJ** (2020f), Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/08/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 14/08/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=112267452&num_registro=202001331139&data=20200814&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 599.475/SP** (2020g), Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. Julgado em 22/09/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 29/09/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115693780&num_registro=202001822927&data=20200929&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 193.111/ES** (2020h), Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 23/10/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 27/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344792734&ext=.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 758** (2020i), Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 27/11/2020, publicado em 07/12/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=758>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 646.490/SP** (2021), Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/03/2021, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19/03/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=123008061&num_registro=202100493424&data=20210319&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 611.249/MG** (2021a), Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/04/2021, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18/05/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=124980031®istro_numero=202002308407&peticao_numero=&publicacao_data=20210518&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** (2021b), Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/06/2021, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 16/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5356339&ext=RTF>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- CACICEDO, Patrick. **O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.111>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- CONNECTAS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Resolução de nº 113, de 26 de abril de 2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/136>. Acesso em: 16 jan. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em: 14 de abr. 2022.
- COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Aprovada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo de execução e direito de defesa**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 15, n. 59, p 53-62, jul/set. 1978.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, v. 1. Niterói: Editora Impetus, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8. ed. rev. atual. e amp. Salvador: JusPodvim, 2020.
- LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Relatório Analítico realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/pt-br/sisdepn/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 15. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

NASCIMENTO, Luciano. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. Presos provisórios são o segundo maior contingente**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. Acesso em: 13 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Daniel Nicory do. **Sobre a natureza jurídica da execução penal**. 2017. Disponível em: <https://docplayer.com.br/20916979-Sobre-a-natureza-juridica-da-execucao-penal-daniel-nicory-do-prado-1-1-introducao.html>. Acesso em: 20 fev. 2022.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Luiz Regis *et al.* **Direito penal e processual penal: recursos e lei de execução penal**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Taiguara Libano Soares. **A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SOUZA, Zaphia Boroni de. **A atuação resolutiva do Ministério Público na perspectiva paradigmática do Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte, p. 94. 2020.