

A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Autor: Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

No Processo Penal brasileiro a execução penal inicia-se de ofício pela autoridade judiciária, sem necessidade de provocação do Ministério Público, nos termos dos arts. 105 e 147 da Lei nº. 7.210/84.¹ Mesmo em relação à pena de multa, tampouco será possível a execução penal por meio de provocação do Ministério Público, tendo em vista a alteração feita pela Lei nº. 9.268/96 no art. 51 do Código Penal, bem como pela revogação expressa do art. 182 da Lei de Execução Penal, tornando inaplicável o art. 164 da Lei nº. 7.210/84.²

A questão que ora suscitamos, não enfrentada normalmente pelos cursos e manuais de execução penal, diz respeito à compatibilidade constitucional do processo de execução penal brasileiro (especialmente o seu início) com a ordem constitucional vigente e, evidentemente, com o Sistema Acusatório por ela adotado.

Ora, sabendo que a Constituição Federal de 1988, no art. 129, I, estabeleceu ser privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, excepcionando-se apenas a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, por força de outro dispositivo constitucional (art. 5º., LIX), parece-nos ser de todo questionável se o início do processo de execução penal, nos termos em que hoje se opera no sistema processual penal brasileiro, coaduna-se com a Constituição Federal e

¹ Nada obstante a redação do art. 147, não há registro de requerimento do Ministério Público no sentido de promoção da execução de sentença em relação a pena restritiva de direitos, sendo também neste caso, tal como ocorre com as penas privativas de liberdade, a execução iniciada a partir da expedição da guia de recolhimento para o Juiz da Vara de Execução Penal.

² O escopo principal da referida lei foi, sem sombra de dúvidas, excluir do nosso ordenamento jurídico (ainda que tardiamente) a injustificável conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade. Com a mudança, e ante a impossibilidade absoluta da odiosa conversão, restou a polêmica, hoje resolvida, a respeito de qual seria o órgão com atribuições para a execução da pena de multa criminal, se a Fazenda Pública ou o Ministério Público. O Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, firmou o seu entendimento, cristalizado no Enunciado 521: "*A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.*"

com o Sistema Acusatório. Em outras palavras, indaga-se: é possível um processo de execução penal iniciar-se de ofício, sem a iniciativa da parte acusadora?³

Creemos que não, salvo se admitirmos, por absurdo, ser possível, à luz da Constituição, uma ação penal **ex officio**⁴.

Efetivamente, soa estranho aos princípios e regras do Sistema Acusatório que um Juiz de Direito, de ofício, atue para executar uma sentença condenatória, considerando-se, inclusive, que, em muitos casos, o Juiz da Execução confunde-se com o próprio Juiz da causa quando, por exemplo, há competência única no caso de permissão da respectiva Lei de Organização Judiciária.

Obviamente, a autoridade responsável pela execução penal deve sempre ser um Juiz de Direito, mesmo porque o processo de execução penal não mais pode ser visto como de natureza administrativa. É preciso, como afirma Alberto Binder, "*judicializar la etapa de ejecución de la pena, de modo que sean jueces específicos - los llamados 'Jueces de Ejecución' o 'de Vigilancia Penitenciaria' - los que se ocupen de ejercer un control general sobre la ejecución de la pena de prisión.*"⁵ Eis a razão pela qual rechaçamos a opção do legislador alemão ao estabelecer, no art. 451 do Código de Processo Penal alemão, (StPO) que "*la ejecución penal se verificará mediante la fiscalía como autoridad de ejecución.*" (nem tanto ao mar, nem tanto à terra...).

Sim, "judicializar" (para usar a expressão de Binder) a execução penal é fundamental! Estabelecer a ampla defesa, o contraditório, a garantia ao duplo grau de jurisdição, enfim, exigir o devido processo constitucional, exatamente como o processo de conhecimento exige.

³ Não admitimos, como Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Joaquim Canuto Mendes de Almeida a chamada "ação judiciária" que existiria ao lado da "ação da parte", consistindo, nas palavras de Tucci, "*na atuação dos órgãos jurisdicionais, juízes e tribunais, em sua obra diuturna de realização do direito*" ou, já na definição de Mendes de Almeida, "*no exercício mesmo da jurisdição, de sorte a ensejar a tutela jurisdicional de direito subjetivo material ameaçado ou violado.*" (Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 76).

⁴ Observa-se que no Brasil já existiu a chamada ação penal **ex officio**, prevista expressamente no art. 26 do Código de Processo Penal (nunca revogado expressamente) e na Lei n.º 4.611/65 (só revogada pela Lei n.º 9.099/95), ambos não recepcionados pela Constituição. Dizia a referida lei: "*Art. 1.º: O processo dos crimes previstos nos artigos 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal, terá o rito sumário estabelecido nos arts. 531 a 538 do Código de Processo Penal. § 1.º - Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de quinze dias, proceder-se-á a inquérito policial e o processo seguirá o rito previsto no art. 539. § 2.º - Poderão funcionar, como defensores dativos, nas Delegacias de Polícia, como estagiários, na falta de profissionais diplomados e solicitadores, alunos da Faculdade de Direito, indicados pelo Procurador-Geral da Justiça. § 3.º - Quando não for possível a assistência de defensor do acusado na lavratura do auto de flagrante, a autoridade policial é obrigada, sob pena de nulidade do ato, a mencionar, fundamentadamente, essa impossibilidade. Art. 2.º - Verificando-se a hipótese do art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, o juiz dará vista dos autos, pelo prazo de três dias, ao representante do Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, seguindo o processo o rito ordinário.*" (Publicada no Diário Oficial da União do dia 05 de abril de 1965). Poderíamos visualizar uma espécie de ação penal **ex officio** no processo penal brasileiro quando os Juízes e Tribunais expedem de ofício ordem de Habeas Corpus, como permite o parágrafo segundo do art. 654 do Código de processo Penal.

⁵ Iniciación al Proceso Penal Acusatório, Buenos Aires: Campomanes Libros, p. 107.

Mas, por outro lado, é preciso atentarmos para as lições de Ferrajoli, ao estabelecer as bases do modelo garantista e do "*modelo teórico acusatório*" que "*comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación - con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio -*, sino también, y sobre todo, el papel de *parte* - em posición de paridad con la defensa - asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado." (grifamos).⁶ É, por óbvio, o Princípio da Inércia da Jurisdição, inerente também ao Sistema Acusatório, caracterizado "*todo ello ante la actitud pasiva del juzgador*", como lembra Aragonese.⁷

Se cabe, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública, caberá ao mesmo órgão estatal também dar o impulso inicial, privativamente, à execução da respectiva sentença condenatória. Não faz sentido, a nosso ver, que se ponha nas mãos do órgão acusador a iniciativa da ação penal e deixe ao órgão julgador a tarefa (absolutamente anômala) de iniciar a execução da pena. Não deixa de ser, de toda maneira, uma atividade de natureza persecutória, vedada pelos princípios que regem o Sistema Acusatório que, lembrando mais uma vez, "*requiere del juez una actitud pasiva*", como adverte Roberto Falcone.⁸

Definitivamente, não nos parece ter sido esta a vontade do constituinte originário, ainda mais considerando os termos em que estruturou e concebeu o Ministério Público a partir de 1988, nos arts. 127 e seguintes da Constituição. Aliás, especificamente no art. 129, IX, atribui-se como função institucional do Ministério Público "*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*." Ser o titular da ação de execução penal seria incompatível, por exemplo, com o exercício da ação penal pública, a primeira das funções institucionais do Ministério Público?

No Direito Comparado, podemos citar o art. 469 do Código de Processo Penal Português que estabelece competir ao Ministério Público promover a execução das penas e das medidas de segurança. Para tanto, no caso da execução da pena de prisão, "*o Ministério Público envia ao Tribunal de Execução das Penas e aos serviços prisionais e de reinserção social, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença que aplicar pena privativa da liberdade*." (art. 477).⁹

⁶ Derecho e Razón - Teoría del Garantismo Penal, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 567.

⁷ Instituciones de Derecho Procesal Penal, Madrid: Gráficas Mesbar, 1976, p. 30.

⁸ El Princípio Acusatório, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 14.

⁹ É bem verdade que na Espanha também a execução penal se inicia de ofício, conforme estabelece o art. 988.II, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.