

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO
PENAL**

CURITIBA

2017

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO
PENAL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, no Programa de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. Dr. Tit. Jacinto
Nelson de Miranda Coutinho**

CURITIBA

2017

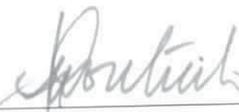
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

Bruno Augusto Vigo Milanez

O Princípio do Juiz Natural no Processo de Execução Penal

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por banca composta pelos Professores:

Orientador:  _____

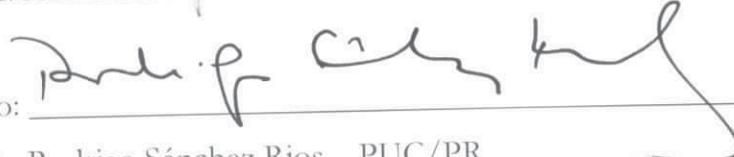
Prof. Dr. Tit. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro:  _____

Prof. Dr. Paulo César Busato – UFPR

Membro:  _____

Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino – UFPR

Membro:  _____

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios – PUC/PR

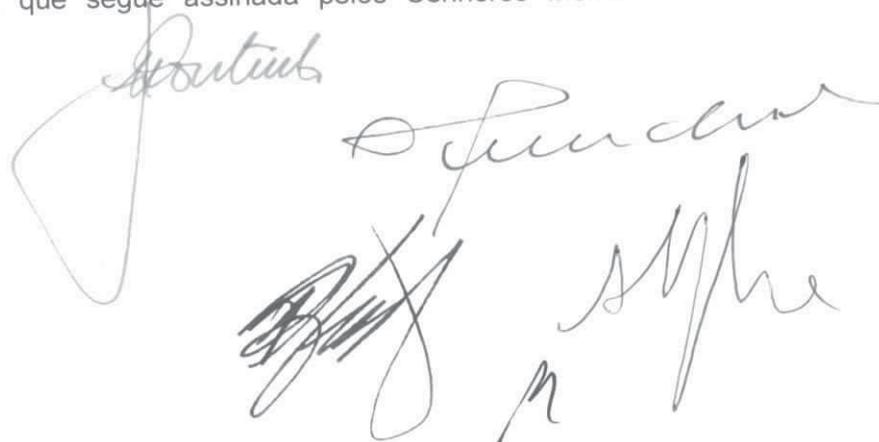
Membro:  _____

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich – PUC/RS

Curitiba, 20 de Setembro de 2017

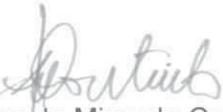
Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Bruno Augusto Vigo Milanez**, realizada no dia vinte de setembro de dois mil e dezessete, às quatorze horas.

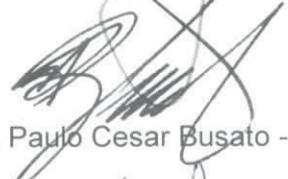
No dia vinte de setembro do ano de dois mil e dezessete, às quatorze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Bruno Augusto Vigo Milanez**, sob o título “**O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Orientador-Presidente/UFPR), Paulo Cesar Busato (UFPR), André Ribeiro Giamberardino (UFPR), Rodrigo Sanchez Rios (PUC/PR) e Alexandre Lima Wunderlich (PUCRS) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador argüirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a argüição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi argüido sucessivamente pelos Professores Doutores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Paulo Cesar Busato, André Ribeiro Giamberardino, Rodrigo Sanchez Rios e Alexandre Lima Wunderlich. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, 10,00 (dez inteiros), Paulo Cesar Busato, 10,00 (dez inteiros), André Ribeiro Giamberardino, 10,00 (dez inteiros), Rodrigo Sanchez Rios, 10,00 (dez inteiros), Alexandre Lima Wunderlich, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Danielle Batistela Moreira, Administradora, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



PARECER

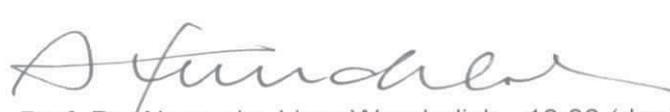
A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Bruno Augusto Vigo Milanez**, sob o título **O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL**, após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho - 10,00 (dez inteiros)


Prof. Dr. Paulo Cesar Busato - 10,00 (dez inteiros)


Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino - 10,00 (dez inteiros)


Prof. Dr. Rodrigo Sanchez Rios - 10,00 (dez inteiros)


Prof. Dr. Alexandre Lima Wunderlich - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito ao candidato Bruno Augusto Vigo Milanez**.

É o parecer.

Curitiba, 20 de setembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

O percurso para a escrita da tese certamente não envolve “apenas” os 48 meses que transcorrem desde o ingresso no doutorado até o depósito do texto. Trata-se de projeto de vida, que demanda escolhas e renúncias. E nelas, muitas pessoas influíram de forma determinante.

Nas minhas decisões, sempre (e em primeiro lugar) tive amplo suporte da família. O amor e o afeto familiar se traduzem, dentre diversos aspectos, no incentivo ao estudo e ao crescimento pessoal e intelectual.

No campo feminino, não poderia ter melhor exemplo de quebra de paradigmas e de incessante luta para ser alguém melhor, sempre. Minha mãe, *Noely*, é meu porto seguro. Com maturidade, percebo a falta que me fez conhecer e conviver com outra mulher, que serviu de referência à minha mãe, mas que a vida levou dois anos antes do meu nascimento. Trata-se da minha avó, *Maria*, que mesmo na ausência física deixou o legado que me permitiu chegar até aqui.

No campo masculino, tenho a materialização daquilo que se convencionou denominar de *amor incondicional*. Meu pai, *Franklin*, é aquele que abdica da própria vida em meu favor. Pai, tá na hora de você aproveitar um pouco mais a sua existência... Aqui ainda cabe uma referência especial ao meu avô *Gabriel*, que sempre está por perto, demonstrando amor, carinho, preocupação e afeto. E que vai antes na minha festa só para quebrar o gelo (literalmente), o que me deixa sem palavras...

O doutorado é ainda um momento em que se está ausente. E, obviamente, alguém precisa estar presente, senão a gente desiste de tudo. E para estar presente nesses momentos é preciso, sobretudo, amar. Maria Eugênia, minha *fofinha*, meu *tapi*, foi quem na presença sempre demonstrou muito amor e paciência. *Fófi*, agora com o fim do doutorado poderei me dedicar um pouco mais a você e aos seus (e nossos) projetos de vida... e assim vamos até o fim!

Na família, agradeço ainda ao *Gabi, Vicente, tio Neillor, Igor, Felipe, tio Paulo, tia Beth*. Todos têm importância singular nesses 33 anos...

Os professores também são eterna fonte de inspiração, desde a época do Santa Maria. Meu orientador, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é exemplo não apenas na docência, mas também de ser humano, advogado, pesquisador e incessante fonte de inspiração na batalha por um direito processual penal limitador do arbítrio estatal.

Há, no caminho, muitos outros professores que se tornaram amigos e exemplos, que merecem muito mais do que um simples obrigado. *Paulo Busato, André Giamberardino e Rodrigo Rios*, pelas valiosas contribuições na qualificação, empréstimo de livros e material de pesquisa, troca de ideias e, sobretudo, pela amizade. Aos amigos da academia e da advocacia – em rol não taxativo –, *André Peixoto* (e família), *Fábio Bozza, Gustavo Osna, Hugo Sirena, Gustavo Scandelari, Alex Branchier, Marco Berberi, Juarez Cirino dos Santos, Gustavo Hassumi e Eduardo Miléo*.

Aos amigos e sócios do *Milanez & Foltran, Felipe Foltran e Ana Paula*, pela amizade e por estarem sempre no escritório para que eu pudesse estar ausente.

Aos amigos da vida, *Zuzu, JC, Rafa, Tati, Fábio e Aline*, que sabem que a vida não gosta de esperar, que a vida é pra valer, a vida é pra levar e pra dar muitas risadas e tomar um bom vinho.

Agradeço ainda a *Mônica* e a *Nely*, que abriram as portas das bibliotecas dos Professores *René Dotti* e *Rodrigo Rios*, respectivamente. Também aos servidores do PPGD-UFPR, em especial a *Vanessa*, sempre solícita e muito atenciosa.

Voltando um pouco – e para encerrar –, a Maria Eugênia ainda me tornou um pouco mais sensível para o reconhecimento do outro em animais não humanos. Eles são fantásticos, sensíveis, carinhosos e muito amorosos, sem

cobrar nada em troca. Hoje eu sou uma pessoa melhor por conta do *chumbo*, da *valentina*, da *helena*, da *serena*, do *andré*, do "*uru*", do *dani* e do *jack*.

Obrigado a todos!

RESUMO

A execução penal é, sem sombra de dúvidas, uma das matérias mais carentes de desenvolvimento dogmático e que resiste à internalização do princípio da legalidade em sua mais ampla extensão, tanto no que diz com as garantias materiais como no que se refere àquelas instrumentais. A presente tese tem por escopo contribuir para o fortalecimento das garantias individuais afetas ao processo de execução penal, com foco no princípio do juiz natural, positivado no art. 5º, XXXVII e LIII, da CR/88. O percurso para o atingimento do objetivo se inicia com notas sobre a autonomia do direito – e do processo – de execução penal, perpassa o estudo da natureza jurídica do processo executivo penal, para então analisar o princípio do juiz natural, promovendo crítica construtiva e desenvolvendo propostas com a finalidade de fortalecer os critérios de definição de competência executiva.

Palavras-Chave: Processo Penal; Execução Penal; Legalidade Processual; Direito Penitenciário; Juiz Natural.

ABSTRACT

Criminal execution is, undoubtedly, one of the most deprived matters of dogmatic development and which still resists to the incorporation of the principle of legality in its widest extent, including both material and procedural guarantees. This thesis looks to contribute to the strengthen of the individual guarantees in the criminal execution process, focusing in the principle of the natural judge, foreseen in the article 5º, XXXVII and LIII, of the Brazilian Constitution. The route to achieve the mentioned objective starts with notes on the autonomy of the right – and the process – of criminal execution, go on the study of the legal nature of the criminal executive process, and finishes analyzing the principle of the natural judge, promoting constructive criticism and developing proposals looking for strengthening the criteria for the definition of the criminal jurisdiction in the criminal executive process.

Keywords: Criminal Procedure; Criminal Execution; Procedural Legality; Penitentiary Law; Natural Judge Principle.

RESUMEN

La ejecución penal es, sin duda, una de las áreas más desprovistas de desarrollo dogmático y que sigue resistiendo a la incorporación del principio de legalidad en su más amplio alcance, incluidas aquí tanto las garantías materiales como procedimentales. Esta tesis busca contribuir al fortalecimiento de las garantías individuales en el proceso de ejecución penal, enfocándose en el principio del juez ordinario predeterminado en ley, previsto en el artículo 5º, XXXVII y LIII de la Constitución brasileña. El camino para alcanzar el objetivo mencionado comienza con notas sobre la autonomía del derecho – y el proceso – de ejecución penal, avanza sobre el estudio de la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo penal y termina analizando el principio del juez ordinario predeterminado en ley, promoviendo crítica constructiva y el desarrollo de propuestas buscando fortalecer los criterios para la definición de la competencia jurisdiccional penal en el proceso de vigilancia penitenciaria.

Palabras-clave: Procedimiento penal; Ejecución penal; Legalidad procesal; Derecho Penitenciario; Juez Ordinario Predeterminado en Ley.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	p. 01
------------------	-------

CAP. 1 – NOTAS AO DIREITO E AO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

1.1. Formação e Autonomia do Direito de Execução Penal	p. 09
1.1.1 Itália	p. 12
1.1.2. Espanha	p. 20
1.1.3. Portugal	p. 28
1.1.4. Brasil	p. 36
1.2. Normatividade da Execução Penal: Autonomia Integradora e Complementaridade Funcional	p. 46
1.2.1. A Necessária Construção (e Efetivação) de uma Dogmática Execucional Material	p. 49
1.2.2. Dogmática Execucional Instrumental: Inefetividade e Espaços de “Não Processo”	p. 58
1.3. Crise de Legalidade e Déficit de Jurisdicionalização: a permanência de relações especiais de poder e da <i>hands off doctrine</i>	p. 66

CAP. 2 - NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

2.1. Os Sistemas Processuais Penais e a Execução Penal	p. 81
2.2. Execução Penal como Atividade Administrativa: administrativizar é, necessariamente, tornar inquisitorial a execução penal?	p. 86

2.3. Questões dogmáticas em torno da jurisdicionalização da execução p. 97

2.4. A Natureza e o Sistema Execucional Penal Brasileiro: tal qual o processo de conhecimento, jurisdicional, porém nitidamente inquisitorial p. 109

CAP. 3 – A GARANTIA DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1. Aspectos Correlatos ao Juiz Natural: Independência Judicial e Imparcialidade p. 121

3.2. Juiz Natural como Expressão do Princípio da Legalidade p. 129

3.3. O Histórico (de Inefetividade) da Garantia do Juiz Natural no Processo Penal Brasileiro p. 146

3.4. A Extensão da Garantia do Juiz Natural na CR/88 p. 152

3.4.1. A Vedação aos Juízos ou Tribunais de Exceção p. 152

3.4.2. O Direito ao Julgamento por Autoridade Competente p. 157

3.4.3. Juiz Natural como “Juiz-Pessoa” p. 173

3.5. Juiz Natural na Execução da Pena Privativa de Liberdade: o Atual Estado-da-Arte p. 185

3.6. As Múltiplas Violações p. 209

3.6.1. A Fixação da Competência Execucional nos Presídios Federais Mediante Resoluções dos Tribunais Regionais Federais p. 213

3.6.2. A Modificação de Competência pela Transferência de Presos p. 219

3.6.3. Os Mutirões Carcerários p. 228

3.6.4. A (Ausência de) Competência na Análise da Prisão Ilegal Decorrente dos Casos de Presos “Cumprindo Pena” em Delegacias de Polícia p. 235

3.7. De como *deveria ser* o Princípio do Juiz Natural na Execução da Pena Privativa de Liberdade: propostas possíveis de efetivação da garantia constitucional p. 243

CONCLUSÕES p. 250

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS p. 254

INTRODUÇÃO

"*Estado de Coisas Inconstitucional*": na falta de palavras para dar conta do que a execução da pena privativa de liberdade e a situação carcerária no Brasil representam em termos de violação sistemática de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADPF 347-MC**, buscou inspiração na Corte Constitucional da Colômbia (v.g. *Sentencia* SU 559/2007), para expressar o estado de exceção perene havido nos presídios brasileiros.

A superlotação, a falta de condições de higiene, salubridade e dignidade mínimas para o cumprimento da pena privativa de liberdade não são novidade, havendo diversas obras doutrinárias e decisões de nossos Tribunais reconhecendo a falência do sistema prisional.

No âmbito do Poder Legislativo Federal, várias Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o sistema carcerário foram desenvolvidas e os respectivos relatórios e recomendações apresentados, tendo a primeira delas encerrado os trabalhos há mais de trinta anos. Em todas são referidas as mais diversas violações de direitos humanos daqueles que têm a liberdade suprimida pelo Estado, em favor de um suposto bem comum.

No plano supranacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos editou recente Resolução, no ano de 2014, determinando ao Brasil que “*adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas (...)*”.

A negação de direitos e o desrespeito à legalidade no âmbito execucional penal são, portanto, chagas crônicas do nosso sistema de justiça criminal.

Identificado o problema, é necessário buscar soluções. No plural, pois questão de tamanha complexidade não se resolve com resposta única, muito menos mediante fórmulas padronizadas. Aqui talvez resida o ponto nodal: muitas

das possíveis alternativas demandam decisões políticas, além de pesado investimento financeiro em medidas sociais inclusivas.

Além disso, é necessário estar verdadeiramente aberto ao câmbio paradigmático, algo extremamente dificultoso quando se cuida de um sistema criminal pautado por uma ideologia que representa a vanguarda do atraso. Ainda assim, e sem a pretensão de esgotar a questão, algumas tendências podem ser pontuadas.

No caminho da ruptura epistêmica, uma das montanhas a ser movida consiste em desvincular o binômio crime-pena. É necessário reconhecer que tanto o "*crime*" como a "*pena*" são construções sociais e não dados ontológicos. Em outros termos, a definição de quais condutas são *ilícitos penais* e de quais *sanções* são adequadas a esses ilícitos é tarefa eminentemente político-jurídica.

E se é assim, isso significa que a *pena* não é uma resposta necessária e natural ao *crime*. A se promover uma *desnaturalização* do nexos causal indissociável entre *crime* e *punição*, abrem-se espaços a outras formas de censura, pautadas em *ethos* diverso – que não tenham por premissa a afluência, mas a alteridade –, funcionando como limite possível ao discurso punitivo. É o caso das práticas restaurativas, ainda embrionárias no Brasil, mas que podem contribuir concretamente como mecanismo de redução de danos derivados da racionalidade punitiva hegemônica.

Contudo, enquanto seguimos um modelo de censura vinculado eminentemente à concepção de *pena*, faz-se necessário (ainda!) operar de forma intrassistêmica, buscando-se reduzir, tanto quanto possível, as mazelas do sistema penitenciário. Ainda que se não negue uma possível ingenuidade da premissa, propostas demasiado radicais de câmbio paradigmático acabam por não surtir efeitos imediatos, algo necessário quando as vítimas do sistema não podem esperar.

Logo, no campo da crítica intrassistêmica, há muitas sendas que podem ser trilhadas nesse sentido.

Tomando por base a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, fortalecer as Defensorias Públicas é medida que poderá contribuir para com a redução do contingente carcerário e as lesões a direitos fundamentais dos presos. Prova disso é a constatação de que algumas das principais decisões recentes e limitativas do poder punitivo – e que refletem positivamente em sede executiva – são provenientes de teses suscitadas pela Defensoria Pública, como é o caso do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o tráfico de drogas na modalidade privilegiada não é crime hediondo (**STF - HC 118.533**).

Outro ponto a ser tensionado reside nas *prisões cautelares*. Em que pese se reconhecer, em âmbito doutrinário, que *preventiva* e *temporária* são a *ultima ratio* em termos de medidas cautelares, a realidade nega a academia e, o que deveria ser excepcional, torna-se ortodoxo. Segundo dados de 2014 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) do total de presos no Brasil é cautelar¹, ou seja, têm sua liberdade suprimida sem condenação definitiva.

Nesse aspecto, o cenário não parece alvissareiro. A recente guinada jurisprudencial, no sentido da admissão da execução da pena após acórdão condenatório, mesmo que na pendência de recursos especial e/ou extraordinário (**STF – HC 126.292**), contribuirá – a prevalecer a decisão – para que esses números aumentem.

Várias outras propostas foram pontuadas na doutrina, como por exemplo, no plano do direito penal, uma severa varredura de ilícitos penais que se não prestam à tutela de absolutamente nenhum bem jurídico relevante – atualmente são mais de 1.500 tipos penais positivados em nosso ordenamento – e a

¹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 19.6.2017.

ampliação da utilização dos substitutivos à pena de prisão, mormente para crimes patrimoniais de menor expressão e que não envolvem violência ou grave ameaça.

A presente tese, partindo de uma crítica intrassistêmica, tem por escopo a afirmação de direitos fundamentais dos presos, direcionada ao processo de execução penal. O foco do texto são as garantias processuais penais executivas, com especial atenção ao princípio do juiz natural.

Para cumprir com o objetivo pretendido, inicia-se abordando a formação e a autonomia do direito e do processo de execução penal. O **Capítulo 1** trata da autonomia da execução penal, fenômeno que remete essencialmente ao final do séc. XVIII, quando a privação da liberdade individual se torna o principal mecanismo punitivo.

O estudo do direito comparado e do ordenamento jurídico brasileiro demonstram que, a partir desse momento, passa a existir uma crescente preocupação formal – ainda que lenta e gradual – com os direitos dos presos, cambiando-se paulatinamente a concepção segundo a qual o cidadão condenado é considerado *res*, para admitir sua condição de sujeito de direitos.

No plano do direito positivo, concepções correcionalistas da pena e a internalização de ideais iluministas possibilitam a inserção de mecanismos legais de proteção de direitos dos presos. Esses movimentos contribuem para com a autonomia do direito de execução penal, sendo que, a partir de meados do séc. XX, diversos países passam a contar com legislação específica versando sobre direitos, deveres e garantias dos cidadãos condenados.

Com a autonomia formal da execução penal, possível analisar a normatividade da disciplina, composta por regras de natureza material e instrumental. Em ambos os planos, há sensíveis carências teóricas, concluindo-se pela necessidade de desenvolvimento de uma dogmática execucional tanto de ordem material como processual. Teorizando-se sobre esta, observou-se que uma das principais barreiras à efetivação de garantias individuais dos presos

reside no baixo grau de jurisdicionalização de questões afetas à execução, em que pese a previsão, positivada na Lei de Execuções Penais, de que o processo penal executivo é eminentemente jurisdicionalizado.

Contudo, não é suficiente pensar o processo de execução penal exclusivamente sob o enfoque da jurisdicionalização. A questão ainda remete ao estudo dos sistemas processuais penais, o que se realizou no **Capítulo 2**. Ainda que se reconheça o abandono formal de um modelo inquisitorial puro no processo de execução penal, a mentalidade inquisitorial executiva ainda está fortemente arraigada e se reflete precipuamente nos amplos poderes discricionários da administração penitenciária.

O que é pior, ainda se observa a lógica de uma discricionariedade exercitada à margem da legalidade, própria de teorias administrativistas do séc. XVIII, de há muito abandonadas na seara administrativa, porém ainda prevalentes e legitimadas no direito penitenciário.

Portanto, independentemente de se adotar a tese de que processo de execução penal é jurisdicional (ou “*misto*”, como querem alguns), a questão remete ao abandono de poderes exercitados à margem da legalidade, ainda que se reconheça a extrema dificuldade de concretização desse ideal em ambientes orientados pelo poder disciplinar e voltados à normalização.

Sedimentadas algumas das questões e apontadas as deficiências centrais afetas à teoria geral do processo penal executivo, o **Capítulo 3**, núcleo da tese, voltou-se ao desenvolvimento de uma dogmática do juiz natural, com vistas à execução da pena privativa de liberdade.

A abordagem se inicia pelo estudo de garantias correlatas ao juiz natural, como é o caso da legalidade, imparcialidade e independência judicial. Em momento posterior, promove-se análise histórica da gênese do princípio do juiz natural, tanto em relação ao direito inglês (e seus reflexos no direito estadunidense) como no que diz com a experiência do constitucionalismo

Francês, que influenciou os ordenamentos europeus continentais, bem como direito brasileiro.

A partir da análise histórica da formação da garantia, constata-se que a principal finalidade originária da naturalidade do juízo residiu em obstar os poderes reais de evocação de processos, bem como a constituição de juízos extraordinários, voltando-se a garantia à preservação da isonomia e imparcialidade na fixação do órgão jurisdicional competente.

Transportando-se a leitura histórica para a modernidade, a naturalidade do juízo é representada pela vedação de tribunais de exceção e pelo direito ao julgamento por autoridade competente. A partir da doutrina de Jorge de FIGUEIREDO DIAS – incorporada no Brasil, dentre outros, por Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO –, o direito ao julgamento por juiz competente foi decomposto em três planos de análise (fonte, temporal e ordem taxativa), afirmando-se que o juiz natural será observado quando a competência restar fixada em lei anterior aos fatos, impossibilitando-se qualquer forma de escolha subjetiva ou discricionária de juiz para a análise do caso penal.

Essa conclusão foi possível tanto através do estudo do direito comparado – como no caso do *giudice naturale* italiano e do *juez ordinario predeterminado por ley* espanhol –, bem como pela análise do direito brasileiro, que contempla na Constituição da República tanto a vertente negativa (art. 5º, XXXVII) como a vertente positiva (art. 5º, LIII) do juiz natural. Há ainda, na atualidade, importantes discussões a respeito de uma dimensão individual – e não apenas orgânica – da naturalidade do juízo, que no Brasil é pouco explorada, porém possui importantes reflexos nas hipóteses de substituição de juízes.

Estabelecidas as bases dogmáticas do princípio do juiz natural na teoria geral do direito processual penal, foi-se adiante, promovendo estudo da (in)eficácia dessa garantia no processo de execução penal.

Em que pese o reconhecimento formal de que a execução penal se desenvolve em um processo executivo – supostamente com todas as garantias instrumentais dos cidadãos encarcerados –, a análise dos critérios legais de fixação de competência do juízo executivo permitiu concluir que o princípio do juiz natural é um ilustre desconhecido no âmbito da execução penal.

No que diz com a competência executiva originária, sequer há uniformidade nos critérios definidores do juiz natural. Mais do que isso, há regras antagônicas, como no caso do Superior Tribunal de Justiça, em que o RISTJ e o CPP preveem órgãos distintos para exercer a competência executiva originária.

Por seu turno, a competência penal executiva em primeiro grau, nos moldes atuais, é definida pela natureza jurídica do presídio em que o condenado cumpre a pena. Segundo esse critério, várias são as violações ao juiz natural que podem ser verificadas.

A competência do juízo executivo pode ser manipulada mediante transferências discricionárias determinadas pela administração penitenciária, a margem de qualquer critério legal prévio. Nas hipóteses de transferências de presos para presídios federais, a competência executiva, como num passe de mágica, transforma-se de estadual para federal. E mesmo nos casos de tentativas bem intencionadas de redução da superpopulação carcerária, como são os *mutirões carcerários*, solapa-se o juiz natural mediante designações temporárias de juízes através de resoluções.

Como propostas de efetivação da garantia do juiz natural, algumas soluções se apresentaram como possíveis.

Em sede de competência executiva originária, propugna-se pela uniformização dos critérios de definição do juiz natural, bem como a necessidade de que as decisões no processo de execução penal sejam submetidas ao crivo do colegiado.

No processo de execução de primeiro grau, duas soluções de afiguram possíveis, no intuito de efetivar a competência segundo os planos da fonte, temporal e ordem taxativa.

Em primeiro lugar, manter a competência da execução penal ao juiz do processo de conhecimento, transformando-se o critério subsidiário do art. 65, da LEP, em critério principal. Nessa proposta, a competência para o processo execucional observaria os mesmos critérios (funcional, material e territorial) do processo de conhecimento.

Outra possível solução consistiria em manter a sistemática de varas especializadas para a execução penal, com a competência definida em lei segundo critérios prévios e taxativos, evitando-se modificações discricionárias de competência.

As vantagens, desvantagens e soluções a possíveis entraves às propostas formuladas são igualmente trabalhadas, de forma a se tentar contribuir para a efetivação do juiz natural executivo.

CAP. 1 – NOTAS AO DIREITO E AO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

1.1. Formação e Autonomia do Direito de Execução Penal

A privação da liberdade, como sanção penal, é fenômeno recente e que remete sobremaneira à formação dos Estados capitalistas. Como destacam RUSCHE e KIRCHHEIMER, em modelos sociais pré-capitalistas, a liberdade individual de ir e vir não se presta como moeda de troca – cuja perda poderia funcionar como mecanismo de sanção e controle social –, dado que nesses arranjos sociais a supressão da liberdade é pressuposta em relação à extragrande parcela da população. Em outros termos, a restrição da liberdade individual como pena pressupõe o gozo dessa liberdade como direito, o que inexistia em modelos de produção eminentemente servis e escravocratas².

Logo, ainda que a gênese das instituições carcerárias, da forma como modernamente as concebemos, remeta embrionariamente aos séc. XV e XVI, é a partir da segunda metade do séc. XVIII que efetivamente as prisões passam a ser utilizadas como a principal estratégia punitiva no âmbito dos Estados³. E a partir da utilização do cárcere como principal forma de punição, passa-se a discutir, com maior rigor dogmático e metodológico, questões afetas a direitos, deveres e garantias dos cidadãos privados da liberdade individual.

² RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. A análise do sistema penal em paralelo ao respectivo modo de produção é apenas uma das abordagens sobre o surgimento e expansão do cárcere como técnica de controle penal. Há, porém, outras formas de tratar o tema que igualmente fornecem respostas à questão da gênese do modelo punitivo moderno, e podem funcionar em paralelo à tese contida em “*punição e estrutura social*”. Assim, exemplificativamente, Giovanni TARELLO, no Capítulo VIII do seu “*Storia della Cultura Giuridica Moderna*” (“*L’Illuminismo e il Diritto Penale*”) explica que o “*problema penale*” no séc. XVIII – que dentre outros aspectos incorporava questões como a legitimidade de um dever de punir, a quem pertence esse direito, quais punições são lícitas e como podem ser exercitadas – demanda compreender as exigências culturais e organizativas experimentadas até a segunda metade do séc. XVIII, que envolviam a tensão entre os sistemas repressivos de ordem religiosa (punição ao pecado) e as regras penais provenientes do poder monárquico (muitas das quais desvinculadas da punição ao pecado). A partir da diminuição do poder político religioso, passa-se a sustentar, nos moldes do utilitarismo de BENTHAM, que o direito penal deve responder à uma utilidade mundana e não ao “justo religioso”. O utilitarismo aplicável ao sistema punitivo passa a demandar a inserção de critérios de proporcionalidade entre crime e pena, somando-se à perspectiva retributivista, de um lado, ideais humanistas, de outro. A secularização do direito penal e das práticas punitivas reflete não apenas na racionalização da punição, mas igualmente na codificação dos ordenamentos penais e processuais, influenciando diretamente nas penas e na forma do seu cumprimento. Cf.: TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 383 e ss; PADOVANI, Tulio. **L’Utopia Punitiva**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 11 e ss.

³ PADOVANI, T. **L’Utopia** ... op. cit., p. 4 e ss. Convém sublinhar a passagem em que se afirma que “*l’istituzione carceraria precede nel tempo la sua utilizzazione come pena*” (p. 8).

Nesse contexto, a autonomia do direito de execução penal⁴ é fenômeno recente e que remete essencialmente ao período de transição entre o final do séc. XIX e início do séc. XX, quando ideais correcionalistas e iluministas passam a justificar, precipuamente, os fins da pena⁵.

Esse fenômeno conduz a uma paulatina discussão dogmática a respeito dos direitos dos condenados e dos mecanismos de tutela desses direitos, possibilitando o surgimento de um ramo do ordenamento jurídico que versa a respeito da salvaguarda dos direitos fundamentais dos condenados⁶.

Um dos marcos históricos de afirmação da autonomia do direito de execução penal é o ano de 1930, quando se realiza em Praga, na República Tcheca, o X Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária. Nesse momento são reconhecidos efeitos jurídicos para além dos puramente administrativos no âmbito executivo. Posteriormente, em 1933, no III Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo,

⁴ As expressões "direito penitenciário" e "direito de execução penal" serão utilizadas como sinônimas, como o faz Francesco SIRACUSA, ainda que se reconheça que “do ponto de vista científico talvez seja mais exata a denominação de ‘direito de execução penal’ (...)” (SIRACUSA, Francesco. **Istituzioni di Diritto Penitenziario**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935, p. 12. [Trad. Literal de: “*Dal punto di vista scientifico forse è più esatta la denominazione di ‘diritto di esecuzione penale’ (...)*”]. No mesmo sentido: ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 91. Os que defendem a distinção entre os termos partem, basicamente, de uma relação entre gênero e espécie: enquanto o direito de execução penal tem por objeto o cumprimento de qualquer espécie de pena e medidas de segurança – e portanto seria mais abrangente –, o direito penitenciário se ocupa apenas da tutela dos direitos dos condenados a penas privativas de liberdade (GOULART. José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 53-55). Essa concepção restritiva parece não se sustentar do ponto de vista semântico: “Sem excluir a existência de outros motivos, parece que um houve que exerceu grande influência. Trata-se de um fenômeno de ordem semântica, pelo qual as palavras **penitência** e **penitenciária** vieram tendo seus sentidos modificados. (...) a palavra **penitenciário**, quer no masculino quer no feminino, ainda conserva função de adjetivo, para designar a qualidade de um substantivo que se refere ou se relaciona com a **penitência**, que, como vimos, é a própria pena exercendo a função de emenda. (...) O recolhimento coato a um estabelecimento penitenciário não é da essência da pena, mas é tão somente um acidente, uma circunstância modal; é um acessório. (...) Portanto, àquele conjunto de princípios jurídicos, e de doutrinas, àquele conjunto de normas jurídicas que se ocupam da pena na fase de execução, e de tudo que com dita execução se relaciona ou para ela concorre, cabe bem o nome de **Direito Penitenciário**. Só por um fenômeno que a Semântica explica, é que a palavra **penitenciário** (e sua forma feminina) ficaria reduzida a designar o estabelecimento de execução de pena privativa de liberdade, e essa mesma pena.” (MIOTTO, Armida Bergamini. O Direito Penitenciário: importância e necessidade de seu estudo. **Revista de Informação Legislativa**. v. 7, n. 28 (jan./mar. 1971), p. 96-97)

⁵ BARREIROS, José Antonio. As instituições criminais em Portugal no Século XIX: subsídios para a sua história. **Análise Social**. v. XVI (63), 1980, p. 587.

⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La Cuestión Carcelaria**: Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3.

na Itália, a autonomia do direito penitenciário é reafirmada, com a tentativa de se conceituar e delimitar o objeto da disciplina⁷.

No âmbito do direito europeu continental, as primeiras formulações doutrinárias a respeito do direito penitenciário são tributadas ao polonês Emil Stanislaw RAPPAPORT, que promoveu divisão tripartida entre direito penal, processual penal e execucional. O autor elabora ainda um Projeto de Código das Execuções Penais, que não entrou em vigência na Polônia, mas serviu de base para um esboço de Código das Execuções Penais apresentado por Joseph MAGNOL no Congresso de Palermo. A partir de então, espraia-se no direito europeu continental a concepção autonomista do Direito Penitenciário⁸.

O movimento crescente de sistematização do direito penitenciário se reflete no cenário transnacional no ano de 1955, quando são aprovadas em Genebra, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos – posteriormente revisadas e modificadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1973 –, servindo de base para modificações legislativas em diversos países europeus.

Soa oportuno, então, analisar – mesmo que brevemente –, a evolução dogmática do direito penitenciário na Europa. O estudo do direito comparado permitirá traçar paralelos e distinções em relação à forma como se concebe a execução penal no Brasil, mormente no que se refere ao debate em torno dos direitos dos presos, bem como a respeito da jurisdicionalização do processo de execução penal. Na impossibilidade de realizar análise universal, breve incursão nos modelos italiano, espanhol e português permitem compreensão da evolução da matéria na Europa.

⁷ MIOTTO, A. B. O Direito ... op. cit., p. 93-94; SANTORO, Arturo. **L'escuzione Penale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1953, p. 4. Em que pese a delimitação cronológica da autonomia da execução penal em 1930, existem diversos tratadistas anteriores que se debruçaram a respeito da temática execucional. Nesse sentido, há quem aponte a obra de Nicolaus Heinrich JULIUS (*Lecciones Previas Sobre la Ciencia Penitenciaria*, 1828), como a antessala da sistematização e autonomia da disciplina. Nesse sentido, cf.: LUDER, Italo A. **La Política Penitenciaria**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, s.d., p. 21.

⁸ MIOTTO, A. B. O Direito ... op. cit., p 94-95.

1.1.1. Itália

Na Itália, a reconstrução histórica da instituição carcerária e dos direitos dos presos remete embrionariamente aos séculos XVI e XVII. No período, a ausência de um poder central unificador possibilitou que as grandes corporações exercitassem a custódia de prisioneiros e o exercício da punição. Os processos primitivos de acumulação e a expansão manufatureira ampliam a massa de desocupados, o que conduz ao aumento da repressão à mendicância. Nesse contexto, dentre as estratégias repressivas, passa-se a utilizar hospitais e as obras de caridade para a alocação de pobres, mendigos e pequenos criminosos, concentrando-se, em um mesmo ambiente, mecanismos punitivos e assistencialistas⁹.

No início séc. XVIII, com o acentuado processo de proletarização de camponeses e artesãos, aumenta o contingente de pobres e mendigos, emergindo a lógica da *caridade restritiva*: força-se os *pobres hábeis* a procurarem emprego e reserva-se aos *pobres inábeis* a atividade assistencialista. Essa lógica dual – assistencialista e correcionalista – é incorporada formalmente nas *Instruzioni e Regole degli Ospizi Generali per i Poveri*, de Vittorio Amadeu II (1717)¹⁰.

Esse incipiente programa de controle social é posteriormente reforçado com a criação de um estabelecimento para jovens desordeiros (*Casa del Buon Consiglio*), cujo regulamento assimila, no âmbito laboral, ideais pedagógico-correcionais. A expansão do modelo conduz à afirmação de que, no período, um dos objetivos essenciais da restrição da liberdade é o controle da mão-de-obra¹¹.

⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006, p. 103-109.

¹⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 109-112. Segundo os autores, o mesmo príncipe, pouco tempo depois (1723 e 1729), promove "reforma da legislação e da prática criminais, introduzindo o princípio de legalidade e o de proporcionalidade da pena ao delito cometido (com muitas limitações)".

¹¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 113: "(...) é a política correcional dirigida aos jovens que abre o caminho para uma reforma mais ampla na organização da política criminal. (...) As casas de trabalho foram acompanhadas pela fundação de escolas profissionais, orfanatos e toda uma série de institutos de caridade que procuram *formar*, desde o início, um gênero humano adaptado ao ingresso no trabalho."

Ao final do séc. XVIII, com o gradual processo de unificação estatal, os rearranjos das relações sociais impõem a reformulação da política criminal, que passa a abranger, de forma determinante, um sistema normativo de crimes e penas¹². O programa criminalizante é sucedido pela construção, em Milão, de uma prisão e de uma casa de correção, bem como da publicação de um Código Penal, em 1769:

"Este estabelecimento de Milão [a prisão] é, sem dúvida, um momento crucial de passagem na história do cárcere italiano (...). Trata-se, já, de uma instituição para criminosos, não para pobres ou somente para jovens, e o trabalho não tem por fim a instrução profissional."¹³ – g.n. –

Nesse momento, passa-se a discutir, de forma incipiente e assistemática, a necessidade de salvaguardar alguns direitos aos presos. A influência da cultura iluminista, mormente a partir da difusão do pensamento de Cesare BECCARIA e John HOWARD, reflete em algumas leis do período:

*"A Legislazione criminale toscana de 1786 é considerada por muitos uma aplicação das teorias de Beccaria e Howard. Nela estavam abolidas a pena de morte e a tortura (cujos instrumentos foram queimados em público), os delitos de lesa-majestade eram reduzidos e casos específicos, e se afirmava claramente como finalidade da pena a correção do réu."*¹⁴

Contudo, ainda não há de se falar, nesse momento, na existência de regras uniformes sobre a execução das penas ou mesmo sobre os direitos dos presos. O que há são apenas alguns influxos humanitários esparsos – a maioria paliativos, outros puramente simbólicos –, no intuito de resguardar condições mínimas de dignidade aos cidadãos privados da liberdade de ir e vir¹⁵.

¹² MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 113-116.

¹³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 117-118. A mesma lógica se espalha para outras regiões, como Lombardia, Veneza, Toscana, Florença e Livorno, dentre outras.

¹⁴ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 119.

¹⁵ Na extragrande maioria dos estabelecimentos prisionais, porém, a situação degradante é evidente, como se pode evidenciar, exemplificativamente, da descrição da prisão napolitana de Vicaria: "A imundície, o calor insuportável (que obrigava os presos a andarem nus), as infecções eram uma constante." (MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 121)

Essa matéria não sofre grandes câmbios no início do séc. XIX. A expansão das medidas de vigilância e controle social – com o surgimento de medidas policiais e a utilização da força para fins preventivos, repressivos e dissuasórios de práticas consideradas ilegais (precipuamente vinculadas à defesa da propriedade) –, não é acompanhada de reformas carcerárias ou de medidas normativas efetivas de proteção do cidadão encarcerado¹⁶.

A questão executiva e carcerária começa a ser objeto de maior preocupação a partir de meados do séc. XIX.

O silêncio absoluto do CPP de 1859 a respeito da execução das penas¹⁷ é quebrado por disposições executivas esparsas previstas no CPP de 1865 (arts. 584-604 e 778-786), que em linhas gerais regulava a execução como atividade administrativa do Estado¹⁸. Algumas previsões legais indicavam desde logo uma tendência a jurisdicionalizar questões afetas à execução penal, como é o caso da segunda parte do art. 781, que em matéria disciplinar dispunha que "a

¹⁶ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 132-134 e 147. Segundo os autores, "Na Itália que caminha para a Unificação (...), a existência de estratos muito numerosos de proletários desempregados faz com que o cárcere não persiga nenhuma finalidade imediatamente ressocializante (...), mas se propunha à gestão ideológico-terrorista dessas camadas da população, excluídas da produção."

¹⁷ SIRACUSA, F. **Istituzioni** ... op. cit., p. 343: "O código de processo penal sardo de 20 de novembro de 1859, em coerência ao sistema de clara separação entre jurisdição e execução (...) não se ocupava absolutamente da execução." [Trad. de: "Il codice di procedura penale sardo del 20 novembre 1859, in coerenza al sistema di netta separazione tra giurisdizione ed esecuzione (...) non si occupava affatto della esecuzione."]; MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere** ... op. cit., p. 135 e ss.

¹⁸ SIRACUSA, F. **Istituzioni** ... op. cit., p. 343-344; SANTORO, A. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 1-2; CATELANI, Giulio. **Manuale Dell'Esecuzione Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 2; DI RONZA, P. **Manuale di Diritto Dell'Esecuzione Penale**. Padova: Cedam, 1989 p. 4-6. Segundo SANTORO, em que pese o caráter administrativista da execução penal presente no CPP de 1865, o art. 601 desse *Codex* estabeleceu um postulado embrionário de procedimento incidental à execução penal nos casos de declaração da prescrição penal. De acordo com CATELANI, somente com o *R. D. 28 giugno 1923* é que questões afetas à administração penitenciária começam a ser tratadas a partir de uma perspectiva efetivamente judicial. DI RONZA faz referência a dispositivos regulamentares anteriores ao CPP/1865 que previam visitas dos juizes instrutores aos presídios, como é o caso do *Regolamento Fondamentale degli Stabilimenti Penali degli Granducato di Toscana* (1831), porém destaca que essas visitas não implicavam uma jurisdicionalização da execução penal: "a 'presença' do juiz não podia modificar a estrutura administrativa do encarceramento dado que a direção central do presídio dependia do Ministério do Interior, que se ligava com todas as 'instituições preventivas'." [Trad. de: "La 'presenza' del giudice non poteva modificare la struttura amministrativa della carcerazione dato che la Direzione centrale delle carceri dipendeva dal Ministero del Interni e, quindi, si collegava con tutte le 'instituzioni preventive'."]

competência para conhecer da transgressão cabe à corte ou ao tribunal que pronunciou a condenação"¹⁹.

No período que compreende o final do séc. XIX, as regras executórias são concebidas a partir de um paradigma clínico, o que reflete um conjunto de regulamentos penitenciários de forte conteúdo correcionalista, baseados em um sistema disciplinar de prêmios e punições a fim de reger a vida do cidadão condenado²⁰.

A crescente sistematização legal das regras sobre a execução penal é reforçada no início do séc. XX, quando as previsões esparsas do CPP/1865 dão lugar a uma série de artigos agrupados no Livro IV do *Codice di Rito* de 1913 (arts. 554 e ss.), intitulado “*della esecuzione e di alcuni provvedimenti speciali*”.

Ainda que o *Codice di Rito* não tenha incorporado a integralidade das regras executórias – fato atribuído, em parte, à falta de elaboração doutrinária sobre a matéria²¹ –, pode-se dizer que é a partir dele que a execução penal assume maior importância no ordenamento jurídico italiano. No plano formal, há um inegável avanço no sentido de proteção dos direitos dos condenados, como se pode depreender da regra do art. 558, primeira parte, do *Codice*, ao prever que os incidentes da execução serão decididos pelo juiz que proferiu a sentença²².

A maior atenção legislativa conferida à execução penal no início do séc. XX conduz a um crescente debate doutrinário a respeito do tema, notadamente no que diz com a autonomia da execução penal e ao controle jurisdicional do

¹⁹ Trad. de: “La competenza a conoscere della trasgressione spetta alla corte o al tribunale che ha pronunciato la condanna.”

²⁰ DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 5-7; GENNARO, Giuseppe; BONOMO, Massimo; BREDA, Renato. **Ordinamento Penitenziario e Misure Alternative all Detenzione**. Milano: Giuffrè Editore, 1977, p. 4-5. Os autores referem, especificamente, o *Regolamento Generale per le Case di Pena Del Regno* (R.D. 13 giugno 1862, n. 413) e o *Regolamento Generale degli Stabilimenti Carcerari e dei Riformatori Governativi* (R.D. 1º febbraio 1891, n. 260).

²¹ MARSICH, Piero. **L'esecuzione Penale**: saggio introduttivo. Padova: Casa Editrice Dott. A Milani, 1927, p. 3.

²² SIRACUSA, F. **Istituzioni** ... op. cit., p. 345-346; DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 7. Não se pode afirmar, porém, que nesse estágio evolutivo a execução penal era jurisdicionalizada, notadamente pela grande margem de poder conferida à administração penitenciária, inclusive no que se refere ao exercício do poder disciplinar no caso de transgressões (v.g., art. 567, do CPP/1913). É por essa razão que a maioria da doutrina à época defendia a tese segundo a qual, na Itália, a execução penal se exercitava através de poderes administrativos e, apenas excepcionalmente, por intervenção jurisdicional.

cumprimento da pena²³, ainda que fosse prevalente o caráter administrativo da execução penal²⁴. Esse profícuo debate doutrinário não encontra a ressonância devida no *Codice Rocco* (1930) e no *Regolamento Penitenziario* (R.D 18 giugno 1931, n. 787), gestados no regime fascista e, portanto, de nítido caráter antidemocrático²⁵.

Ainda que o CP/1930 tenha, do ponto de vista dogmático, “*postulado um maior entrosamento entre o sistema penal com (sic) o penitenciário*”²⁶ – reforçando a intervenção judicial nos incidentes da execução –, as questões relacionadas à disciplina carcerária e aos direitos dos presos estavam vinculadas sobremaneira à administração penitenciária, o que possibilitava toda a sorte de abusos e negação de direitos aos condenados²⁷.

²³ DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 7-9; GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDI, R. **Ordinamento** ... op. cit., p. 6. MARSICH, P. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 2. Segundo MARSICH, atribui-se a LUCCHINI (*Elementi di Procedura Penale*, 1920) a primeira obra na doutrina italiana que tratou a execução penal com rigorismo metodológico e sistemático. GENNARO, BONOMO e BREDI referem, em relação ao debate doutrinário sobre o direito penitenciário, o ensino específico, a partir de 1921, da disciplina de *Diritto Penitenziario* no *Istituto di Studi Penitenziari*, criado por Enrico Ferri. E DI RONZA sumaria o debate doutrinário havido em torno da autonomia do direito de execução penal, no período imediatamente anterior ao *Codice* de 1930 e ao *Regolamento Penitenziario* de 1931.

²⁴ MARSICH, P. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 65.

²⁵ PADOVANI, T. **L'Utopia** ... op. cit., p. 212-221. Sobre a comparação entre o excessivo rigorismo do Código Rocco, em face do Código Zanardelli, cf.: VASSALI, Giuliano. O Código Rocco. **Revista de Direito Penal**. nº 27, jan.-jun. 1979, p. 54-67. A maior severidade do Código Rocco em face do Código Zanardelli pode ser sintetizada, fundamentalmente, em três aspectos, segundo VASSALI: **a)** aumento das penas mínimas e máximas e da quantidade de circunstâncias agravantes; **b)** extensão do conceito de responsabilidade penal objetiva e; **c)** aplicação da medida de segurança, após a pena, aos condenados imputáveis ou semi-imputáveis. Isso o conduz a concluir que “*o ponto fraco do Código Rocco reside no sistema dos meios de luta contra o crime e de um adequado tratamento de seus autores.*” (p. 63)

²⁶ VASSALI, G. O Código ... op. cit., p. 55.

²⁷ PADOVANI, T. **L'Utopia** ... op. cit., p. 213-214; DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 10-12; CATELANI, G. **Manuale** ... op. cit., p. 63-66; TARTAGLIONE, Girolamo. Le Funzioni del Giudice di Sorveglianza. **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, numero speciale, 1990, p. 345-362; SANTORO, A. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 3; SIRACUSA, F. **Istituzioni** ... op. cit., p. 359-369. Com o Código Rocco é criada a figura do *giudice di sorveglianza*, ao qual se reservou a função de vigilância da execução das penas e medidas de segurança, excluídos os incidentes da execução, cuja competência vinha atribuída ao *giudice dell'esecuzione*. Porém, uma análise das funções do *giudice di sorveglianza* – disciplinadas modestamente no CP (art. 144) e no CPP (art. 585) e mais detalhadamente no *Regolamento per gli Istituti di Prevenzione e di Pena* (R.D. 18 giugno 1931, n. 787) – evidenciam que a este órgão cabia essencialmente o exercício de funções não decisórias, atuando como órgão consultivo e de inspeção (v.g. parecer em matéria de graça e liberdade condicional). Nesse contexto, conclui DI RONZA que “em realidade, o único órgão com poderes concretos em matéria de tratamento penitenciário era exclusivamente o Diretor do Presídio, que dependia diretamente do Ministério de Graça e Justiça e era completamente desvinculado de qualquer relação hierárquica com o *giudice di sorveglianza*.” [Trad. de: “In realtà l'unico organo con concreti poteri in materia di trattamento penitenziario era esclusivamente il Direttore del carcere che dipendeva direttamente dal ministero di grazia e giustizia ed era del tutto svincolato da ogni rapporto gerarchico con il Giudice di sorveglianza.”]

O revés democrático engendrado em termos de garantias penitenciárias não obsta, porém, algum desenvolvimento dogmático no campo da execução penal, o que se reflete na criação da *Rivista di Diritto Penitenziario* (1931-1943) e na primeira cátedra para o ensino da disciplina em 1931, na Universidade de Roma²⁸.

O movimento de reforma legislativa do ordenamento penitenciário é retomado oficialmente em 1947, com a constituição de uma Comissão Ministerial para o debate político da matéria que – em paralelo a diversas iniciativas de estudos penitenciários desenvolvidos pela sociedade civil –, culmina com a análise parlamentar de um *disegno di legge* sobre o ordenamento penitenciário, em 1960:

“Esse projeto de lei conglobava também a matéria concernente à prevenção da delinquência juvenil, na perspectiva de reforma da lei constitutiva do Tribunal de Menores de 1934. Isso, de um lado, adequava o sistema penitenciário aos princípios estabelecidos nas Regras Mínimas da ONU e, de outro, introduzia o critério de individualização do tratamento reeducativo baseado sobre a observação da personalidade. Continha, também, alguma relevante novidade, qual seja: o instituto de estudos penitenciários, os centros de serviço social para adultos; os educadores para adultos e o regime de semiliberdade.”²⁹

O projeto, porém, não é votado, assim como as propostas legislativas apresentadas entre os anos de 1965-1968. No ano de 1972, inicia-se uma nova tentativa de reforma do ordenamento penitenciário, com a apresentação de novo projeto de lei para apreciação parlamentar.

O texto é aprovado com algumas modificações, convertendo-se na *Legge 354/75 – Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure*

²⁸ SIRACUSA, F. **Istituzioni** ... op. cit., p. 10.

²⁹ GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento** ... op. cit., p. 9. [Trad. de: "Questo disegno di legge conglobava anche la materia concernente la prevenzione della delinquenza minorile, nella prospettiva di riforma della legge istitutiva del Tribunale per i minorenni del 1934. Esso, da un lato, adeguava il sistema penitenziario ai principi stabiliti dalle Regole Minime dell'ONU., dall'altro, introduceva il criterio della individualizzazione del trattamento rieducativo basato sull'osservazione della personalità. Conteneva, inoltre, alcune rilevanti novità, quali: l'istituto di studi penitenziari, i centri di servizio sociale per adulti, gli educatori per adulti, e il regime do semi-libertà."]

privative e limitative della liberta –, que modificou profundamente a sistemática penitenciária. É também aprovado, em 1976, o *regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario* (Decreto 29 aprile 1976, n. 431), ambos incorporando o viés humanitário positivado no art. 27, da Constituição, bem como disposições contidas nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da ONU³⁰.

No que se refere às inovações promovidas, ressalta-se a introdução da legalidade estrita em matéria disciplinar (art. 38), ao se dispor que o cidadão encarcerado "*não pode ser punido por um fato que não seja expressamente previsto como infração ao regolamento*"³¹. Também foram incorporadas previsões sobre o direito de petição dos presos (art. 35) e regras de assistência familiar (art. 45) e aos egressos (art. 46)³².

Relativamente à jurisdicionalização da execução, em que pese a decisão sobre punições disciplinares ter permanecido afeta à administração penitenciária (art. 40), os poderes dos *giudici di sorveglianza*³³ – bastante limitados até aquele

³⁰ GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento** ... op. cit., p. 9-12; FODERARO, Salvatore. **Tutela Dell'ordine Pubblico e Ordinamento Penitenziario**: appendice alle 'istituzioni di diritto e procedura penale. Padova: Cedam, 1976, p. 76: "Com a nova lei (...) se destina sobretudo à tutela da dignidade e da personalidade humana e à salvaguarda dos direitos daqueles que se encontram privados da liberdade individual. O réu é concebido como uma unidade humana (...)." [Trad. de: "Con la nuova legge (...) si tende soprattutto alla tutela della dignità e della personalità umana ed alla salvaguardia dei diritti di coloro che si trovano privati della libertà personale. Il reo viene riguardato appunto come una unità umana (...)."] Segundo FASSONE, as novas regras do ordenamento penitenciário representavam o fragmento de um complexo sistema penal e penitenciário, permeado por ideologias de prevenção geral e especial, em que emenda e retribuição se faziam concomitantemente presentes (FASSONE, Elvio. **La Pena in Italia dall'800 alla Riforma Penitenziaria**. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 143-144).

³¹ Trad. de: "(...) non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento." Sobre a legalidade no exercício do poder disciplinar, cf.: GENNARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento** ... op. cit., p. 188-190; DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p.15-16; FASSONE, E. **La Pena** ... op. cit., p. 175-180.

³² FASSONE, E. **La Pena** ... op. cit., p. 144-145. Destaca-se, contudo, a ausência de modificações substanciais na estrutura punitiva e penitenciária, mormente em razão de questões econômicas e sociais. Como efetiva e principal inovação na sistemática executiva, aduz-se que a medida "*realmente inovadora é circunscrita à parte em que o cárcere vem substituído por outras medidas*."

³³ BONOMO, M.; BREDA, R. **Ordinamento** ... op. cit., p. 294. Em comentário ao art. 68 (*uffici di sorveglianza*), pontua-se que, diferentemente da sistemática anterior, com a *legge 354/75* a atuação jurisdicional na execução penal é desentrelçada por dois órgãos distintos: o *magistrato di sorveglianza*, em tudo assemelhado ao *giudice di sorveglianza* do *Codice Rocco*, porém com um plexo maior de funções jurisdicionais (art. 69), e a *sezione di sorveglianza*, órgão colegiado que, dentre outras funções, era responsável por revogar antecipadamente a medida de segurança, admitir e revogar o regime de semiliberdade etc (art. 70).

momento –, foram ampliados e o processo de execução penal ganha em autonomia³⁴.

Após um conjunto de modificações parciais – mormente no que diz com as regras sobre tratamento penitenciário e o procedimento de fiscalização da execução das penas³⁵ –, o *regolamento* de 1976 é substituído pelo *Decreto 30 giugno 2000, n. 230*, que amplia o catálogo de direitos dos condenados, ao especificar regras sobre higiene, salubridade e iluminação das celas (art. 6º, e ss), assistência a condenadas gestantes e mães (art. 19), bem como estudo (arts. 41 e ss.) e trabalho (art. 47 e ss.) dos condenados.

Não se pode perder de vista, porém, que mesmo em Nações com um elevado grau de cumprimento das promessas do Estado de Bem-Estar social, o direito penal e, mais especificamente, a pena privativa de liberdade, orientam-se pela lógica da menor elegibilidade (*less eligibility*)³⁶, de modo que as condições carcerárias são – e seguem sendo – sempre piores do que quaisquer condições extramuros.

Nesse contexto, em “*juízo piloto*” abordando as condições carcerárias de alguns presos na Itália – mais especificamente nas prisões de Busto Arsizio e Piacenza –, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em

³⁴ DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 31: "O legislador, portanto, operou uma clara distinção entre (juízo de) cognição e (juízo de) execução, conferindo à execução dignidade autônoma face a outros setores da justiça penal (e também administrativa)." [Trad. de: "Il legislatore ha quindi operato una netta distinzione tra (giudizio di) cognizione e (giudizio di) esecuzione, conferendo all'esecuzione dignità autonoma rispetto agli altri settori della giustizia penale (ed anche amministrativa)."] Segundo BELLAVISTA e TRANCHINA, a disciplina legal instituída a partir de 1975 não deixa margem à dúvidas no sentido de que a execução penal abandonou a natureza essencialmente administrativa, passando a ser jurisdicional. Cf.: BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**. Settima Edizione. Milano: Giuffrè, 1982, p. 657-658.

³⁵ Síntese do conjunto de modificações ocorridas entre os anos de 1977 e 1986 pode ser consultada em: DI RONZA, P. **Manuale** ... op. cit., p. 16-17.

³⁶ A sistematização da lógica de menor elegibilidade é atribuída a RUSCHE e KIRCHHEIMER, e pode ser resumida na ideia segundo a qual, para manter o efeito intimidador das prisões, as condições materiais da vida intramuros devem sempre ser inferiores às condições materiais extramuros. Segundo os autores, "*caso as prisões propiciassem uma existência mais confortável do que dos trabalhadores nos campos e cidades podiam obter através de seu trabalho, as prisões deixariam de produzir um efeito dissuasivo e condenados soltos seriam induzidos a cometer novos crimes para voltar para as grades*", de modo que a partir de meados do séc. XIX, passa a vigorar na Europa a lógica econômica segundo a qual "*o limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre.*" (RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição** ... op. cit., p. 141-142 e 144)

Torregiani et al v. Italy (8.1.2013), declarou as condições inumanas e degradantes do estabelecimentos carcerários italianos³⁷, desnudando algumas das mazelas e lapsos de legalidade do sistema penitenciário italiano.

1.1.2. Espanha

Na Espanha, muito embora se aponte um longo caminho percorrido para o reconhecimento de direitos fundamentais aos condenados³⁸, é possível construir a autonomia e sistematização do direito de execução penal a partir da *Ordenanza General de Presídios del Reino* (1834), do *Código Penal* (1848) e de sua posterior reforma pelo *RD*, de 30.6.1850³⁹.

³⁷ **Torregiani and Others v. Italy** – 43517/09, 46882/09, 55400/09 et al. Judgement 8.1.2013. “A grave limitação de espaço físico a que os sete requerentes foram submetidos, por períodos que variam entre quatorze e cinquenta e quatro meses, o que por si só constitui tratamento contrário à Convenção, tendo sido exacerbada por outras condições. A falta de água quente em ambos os estabelecimentos, por longos períodos, e as inadequadas condições de iluminação e ventilação nas celas da prisão de Piacenza, ainda que não constituam em si mesmas tratamento desumano e degradante, causaram, entretanto, sofrimento adicional aos requerentes. Também levando em consideração a duração da prisão dos requerentes, as condições de detenção os submeteu a dificuldades extremas que excederam o inevitável nível de sofrimento inerente à prisão. A violação dos direitos dos requerentes a adequadas condições prisionais não decorreu de incidentes isolados, mas de um problema sistêmico derivado de crônicas disfunções do sistema prisional italiano, que afetou e permanece apto a afetar um grande número de pessoas.” [Trad. de: “The severe shortage of space to which the seven applicants had been subjected for periods ranging from fourteen to fifty-four months, which in itself constituted treatment contrary to the Convention, appeared to have been exacerbated by other conditions. The lack of hot water in both establishments over lengthy periods and the inadequate lighting and ventilation in the Piacenza prison cells, while not in themselves amounting to inhuman and degrading treatment, had nevertheless caused the applicants additional suffering. Taking into account also the duration of the applicants’ imprisonment, their conditions of detention had subjected them to hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention. The violation of the applicants’ right to adequate conditions of detention did not stem from isolated incidents but from a systemic problem arising out of a chronic dysfunction of the Italian prison system which had affected and remained liable to affect a large number of persons.”] As diversas ordens de violações a direitos dos presos ocorrida na Itália são similares a de outros países europeus que foram julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, cf.: **Ananyev v. Russia** (*Application* 20292/2004), j. 21.2.2001 e **Karbyshev v. Russia** (*Application* 26.073/2009) j. 13.3.2014.

³⁸ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión** ... op. cit., p. 9-180. De forma sintetizada, cf.: GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. **La Cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33-43.

³⁹ Apontam-se como importantes antecedentes legislativos da reforma penitenciária decorrente da Lei de 1834 as *Ordenanzas de Presídios Arsenales* (1804), o *Reglamento para el Presidio de Cádiz* (1805) e o *Reglamento* de 1807, que estabeleceu a organização geral dos presídios até então existentes na Espanha. Sobre o tema, cf.: ANTON ONECA, José. El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, 1965, p. 476-477; GARCIA VALDES, Carlos. Derecho Penitenciario Militar: una Aproximación Histórica. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 39, fasc. 3, 1986, p. 791-794; ANTON ONECA, J. Historia del Código Penal de 1822. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 18, fasc. 2, 1965, p. 263-278; CUELLO CALÓN,

Nesse período, a pena privativa de liberdade passa a ser utilizada como principal mecanismo de sanção penal e – ainda que se não possa identificar um quadro de extensas garantias executivas aos condenados – algumas benesses legais são introduzidas, como a adoção do sistema progressivo de cumprimento da pena pelo bom comportamento carcerário⁴⁰.

Com a *Ley de Bases para la Reforma Penitenciaria* (1869), são instituídos alguns direitos aos condenados presos, a exemplo do sistema de classificação segundo o sexo, a idade e a gravidade do crime⁴¹.

Posteriormente, através da *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial* (1870), institui-se formalmente a concepção de que o juiz deve participar ativamente da execução penal⁴², dispondo-se na regra do art. 2º que “o poder de aplicar as leis nos juízos civis e criminais, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde exclusivamente aos Juízes e Tribunais.”⁴³.

Nesse mesmo ano, uma nova codificação penal substitui o CP/1848, abrandando sensivelmente o rigorismo punitivo. Especificamente no âmbito da execução penal, cumpre destacar a regra do art. 29, que de forma inovadora estendeu a retroatividade da lei penal mais benéfica aos casos de sentença em fase de execução penal⁴⁴.

Eugenio. Sobre el Derecho Penal de la Postguerra. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 7, fasc. 2, 1954, p. 238-239.

⁴⁰ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 63-79. Segundo José ANTON ONECA, o excessivo rigor punitivo do CP/1948 foi em parte mitigado pela atuação dos juízes: “o amplíssimo arbítrio judicial permitiu aos tribunais amenizar em certas ocasiões a severidade das leis e remediar por outra parte os muitos vazios que, nas novas condições históricas, surgiram. Porém aquela benignidade elogiada por alguns juristas de então, que comparavam o antigo e o novo regime jurídico, foi descontínua e, por conseguinte, faltava segurança jurídica.” (ANTON ONECA, J. El Código Penal de 1870. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 23, fasc. 2, 1970, p. 241. [Trad. de: “el amplísimo arbitrio judicial permitió a los tribunales dulcificar en ocasiones la severidad de las leyes y remediar por otra parte los muchos vacíos que, en las nuevas condiciones históricas, se advertían. Pero aquella benignidad, elogiada por algunos juristas de entonces que comparaban el antiguo y el nuevo régimen jurídico, fue discontinua, y, por conseguinte, faltaba la seguridad jurídica.”]

⁴¹ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 81-82.

⁴² RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 84.

⁴³ Trad. de “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales.”

⁴⁴ Após longa comparação entre o CP/1848 e o CP/1870, ANTON ONECA aduz que “A reforma de 1870 foi útil em seu aspecto político pela proteção dos direitos individuais e significou, ademais, um passo adiante na mitigação das penas exigida pelo novo ambiente histórico.” (ANTON ONECA, J. El Código Penal de

No caminho progressivo de reconhecimento de direitos aos encarcerados, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882) estabelece garantias aos presos cautelares (art. 520), contemplando ainda a visitação semanal dos juízes às prisões, com a finalidade de averiguar “*todo o concernente à situação dos presos ou detidos, e adotarão as medidas cabíveis dentro de suas atribuições para corrigir os abusos que notarem*” (art. 526)⁴⁵.

O início do século XX é marcado pela forte profusão doutrinária e legislativa em matéria executiva. No campo dogmático, nasce a *Revista Penitenciaria Española* e diversos congressos são realizados para abordar a questão penitenciária (v.g. Valência, 1909; La Coruña, 1914 e Barcelona, 1920). O paradigma etiológico ganha força, engendrando uma legislação executiva de forte tendência correcionalista⁴⁶.

Em 1913, é sancionado o *Reglamento de los Servicios de Prisiones* que, segundo Iñaki RIVERA BEIRAS, representou a norma fundamental penitenciária do período na Espanha⁴⁷. No que diz com os direitos dos presos, mantém-se o sistema progressivo (art. 236) – posteriormente aperfeiçoado com a aprovação da *Ley sobre la Libertad Condicional* (1914) – e ocorre a sistematização das recompensas ao bom comportamento carcerário (arts. 252). No campo das sanções disciplinares⁴⁸ – mantidas no plexo de atribuições da administração penitenciária (art. 254) –, proíbe-se expressamente qualquer forma de maus tratos

1870 ... op. cit., p. 250. [Trad. de: “La reforma de 1870 fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y signífico, además, un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico.”]

⁴⁵ Trad. de: “todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.” Segundo Avelina ALONSO DE ESCAMILLA, essa regra, na prática, apenas conferia ao juiz a função de inspeção do regime penitenciário e não o controle da execução da pena. Isso porque a regra do art. 990 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 deixava claro que as autoridades penitenciárias permaneciam responsáveis pela execução das penas privativas de liberdade. cf.: ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. **El Juez de Vigilancia Penitenciaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 37.

⁴⁶ RIVERA BEIRAS, I. **La cuestión** ... op. cit., p. 117.

⁴⁷ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión** ... op. cit., p. 107.

⁴⁸ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión** ... op. cit., p. 111-112. Ao apresentar algumas reflexões críticas ao *Reglamento* de 1913, aponta-se como uma das principais deficiências da legislação a indeterminação das faltas disciplinares – em frontal violação ao princípio da legalidade –, citando como exemplo a previsão de sanção disciplinar para a violação de “*atos contrários aos bons costumes*”.

aos presos (art. 259). A visitação judicial dos presídios para fins de fiscalização da legalidade no cumprimento das sentenças foi mantida (arts. 182 e 183).

Em 1923, com o golpe de Estado, o sistema penal é recrudescido com um novo *Código Penal* (1928)⁴⁹ que, dentre suas inovações com reflexos diretos na execução penal, introduziu a denominada sentença indeterminada para condenados habituais, multirreincidentes ou incorrigíveis (art. 70, c.c. arts. 104 e 157, do CP/1928). Em 1930, um novo *Reglamento de los Servicios de Prisiones* entra em vigência, reforçando o viés etiológico com a criação das fichas dos presos (antropológicas, de antecedentes e de ingressos na prisão)⁵⁰.

Em 1931, o regime ditatorial sucumbe, sendo proclamada a II República. O governo provisório declara anulado e sem efeito o CP/1928 e todas as leis que tipificaram crimes e fixaram penas, restabelecendo-se o CP/1870. No mesmo ano é aprovado um novo texto constitucional e em 1932 entra em vigência um novo Código Penal, que suprimiu a pena de morte, reduziu as circunstâncias agravantes e, em linhas, gerais, suavizou as penas⁵¹.

Os maiores avanços da época, em matéria penitenciária, ocorreram com a nomeação de Victoria KENT SIANO para o cargo de *Directora General de Prisiones*. Em que pese o pouco tempo a frente do cargo – apenas 14 meses –, pode-se dizer que o período *Kentiano* foi de autêntica reforma penitenciária, reconhecimento de direitos aos presos e redução do contingente carcerário⁵². Dentre as medidas implementadas em favor da humanização da vida no cárcere, destacam-se: **a)** o aumento da porção diária de alimento aos presos; **b)** a supressão das celas escuras de castigo; **c)** a extinção da obrigatoriedade da assistência religiosa e a declaração da liberdade de consciência e crença dos

⁴⁹ A tarefa de elaboração do CP/1928 coube a Eugenio CUELLO CALÓN, após Luis JIMÉNEZ DE ASÚA não ter aceitado a incumbência. O projeto elaborado inicialmente com 1.074 artigos, foi reduzido para 858 artigos e aprovado através do RD de 8.9.1928, tendo entrado em vigência em 1.1.1929, substituindo a codificação anterior de 1870.

⁵⁰ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 123-124.

⁵¹ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 127-128.

⁵² Os dados a respeito da redução da massa carcerária no período podem ser consultados em: GARGALLO VAAMONDE, Luis. La Excarcelación de Presos con Victoria Kent. In: NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos; ITURRIAGA BARCO, Diego (Coords.). *Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*. Logroño: Universidad de La Rioja, 2012, p. 171-186.

presos; **d**) autorização da entrada de qualquer periódico nos presídios, vedando a censura dos diretores penitenciários; **e**) a determinação da imediata colocação em liberdade dos presos, quando completassem setenta anos de idade⁵³.

As medidas reformistas, porém, sofreram forte resistência por setores conservadores da sociedade, que se utilizaram da retórica do crescente aumento da fuga de presos para deslegitimar a política reformista Kentiana⁵⁴. Com a demissão de Victoria KENT, assume o comando das instituições penitenciárias Vicente SOL, que inaugura um período contrarreformista, substituindo a ideologia correcionalista pela lógica segregacionista-retributivista, como se evidencia da *Circular de la Dirección General de las Prisiones*, de 19.6.1932: “o problema das prisões evoluiu hoje em sua essência, e mais que a obra científica de correção e reforma do homem delinquente, constitui atualmente seu fim primordial a função de segurança e isolamento do homem perigoso”⁵⁵.

No mesmo contexto, e com forte viés etiológico, é aprovada a *Ley de Vagos e Maleantes* (4.8.1933), um conjunto de regras que permitia ao Estado a aplicação de medidas de segurança (art. 4º e ss.) àqueles que fossem declarados em **estado perigoso**, como vagabundos habituais, mendigos, proxenetas, ébrios, toxicômanos etc (art. 2º). Essa lei contém diversos *standards* provenientes do positivismo criminológico, como a determinação de imposição de medidas segregacionistas “a los que observen conducta reveladora de inclinación al

⁵³ GARGALLO VAAMONDE, L. Prisión y Cultura Punitiva en la Segunda República (1931-1936). *Historia Contemporánea*. v. 44, 2012, p. 310-322. Breve resumo das medidas adotadas por Victoria Kent também pode ser consultado em: RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 129-132.

⁵⁴ GARGALLO VAAMONDE, L. Prisión ... op. cit., p. 320-322. A crescente fuga de presos se situou no plano retórico e não se sustentava no plano concreto, pois conforme destaca GARGALLO VAAMONDE “sem embargo, devemos assinalar que o número de fugas, ou ao menos sua repercussão midiática, manteve-se mais ou menos inalterada durante todo o período republicano” [Trad. de: “Sin embargo, debemos señalar que el número de fugas, o al menos su repercusión mediática, se mantuvo más o menos inalterable durante todo el periodo republicano.”]

⁵⁵ Trad. de: “el problema de las Prisiones ha evolucionado hoy en su esencia, y más que la obra científica de la corrección y reforma del hombre delincuente, constituye al día su fin primordial la función de seguridad y aislamiento del hombre peligroso”.

delito" (art. 8º) e a necessidade de que o juiz "*después de consignar los hechos probados, definirá la categoría peligrosa del sujeto.*" (art. 14)⁵⁶.

Opera-se assim um desmanche nas políticas executacionais penais humanitárias, ainda que o legado de Victoria KENT não tenha desaparecido por completo.

O período subsequente é marcado por uma guerra civil (1936-1939), que dentre seus efeitos implicou na militarização do sistema penitenciário e num exponencial aumento da população carcerária, minimizado por dois decretos de 1937 e 1938 que, respectivamente, concederam o direito de trabalho aos presos e previram a remição da pena pelo trabalho⁵⁷.

Com o fim da guerra civil, as adversas condições políticas, sociais e econômicas polarizam a sociedade, possibilitando emergir a ditadura franquista (1940-1975), que como todo regime de exceção, restringiu direitos individuais. A situação econômica extremamente deficitária reflete diretamente na redução da qualidade de vida no cárcere⁵⁸. Uma nova codificação penal (1944) restabelece a pena de morte, mantendo postulados eminentemente retributivos.

No campo penitenciário, entra em vigência um novo *Reglamento de los Servicios de Prisiones* (1948)⁵⁹, substituído pouco tempo depois pelo *Reglamento*

⁵⁶ Posteriormente, com a *Ley de 15 de Julio de 1954*, do regime franquista, alterou-se a *Ley de Vagos e Maleantes* para o fim de incluir no rol de sujeitos perigosos os homossexuais. A exposição dos motivos que justificaram a alteração legislativa são os seguintes: "*a produção de fatos que ofendem a sã moral de nosso país, pela ofensa que causam ao tradicional acervo de bons costumes (...) justificam a adoção de medidas para evitar sua difusão. (...) Também aspira a mesma lei a proteger a paz social e a tranquilidade pública contra as atividades, não constitutivas de delito ou cuja delinquência consta, porém não pode ser imediatamente provada, de sujeitos que (...) constituem um sério perigo para uma ordenada vida em coletividade.*"

⁵⁷ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 137-143.

⁵⁸ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 146-148.

⁵⁹ O *Reglamento* de 1948, em que pese gestado em um período ditatorial, pautava-se muito mais pelas concepções correccionalistas do que pela lógica de neutralização, como se extrai de sua parte preambular: "(...) dar, por último, um rigor científico ao regime penitenciário espanhol, sob as mais avançadas doutrinas, que veem o delinquente como pessoa humana, suscetível de regeneração, mediante um tratamento penitenciário, fundado em princípios de caridade cristã que o afastem do perigo da reincidência (...)" [Trad. de: "(...) dar, por último, un rigor científico al régimen penitenciario español, con arreglo a las más avanzadas doctrinas, que miran al delincuente, como persona humana, susceptible de regeneración, mediante un tratamiento penitenciario, fundado en principios de caridad cristiana que alejen del peligro de la reincidencia (...)"]

de 1956 que, formalmente, incorporou algumas diretivas estabelecidas nas Regras Mínimas de Tratamento dos Presos de Genebra⁶⁰.

Ainda na ditadura franquista, diversas reformas ao CP/1944 foram efetivadas no sentido do endurecimento do sistema penal, com a inclusão de crimes e aumento de penas. A lógica da defesa social é reforçada com a *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, que em sua exposição de motivos expressa o objetivo de “*defender a sociedade contra determinadas condutas individuais que, sem ser, em geral, estritamente delitivas, envolvem um risco para a comunidade.*”⁶¹

Essa fase de limitação dos direitos individuais começa a perder fôlego com o paulatino crescimento da oposição política e a consequente abertura do regime ditatorial, a partir de meados dos anos 1960. Em sede de execução penal, o período é marcado pelo ressurgimento de um repaginado caráter científico da legislação, voltado à recuperação do condenado. Reformas legislativas são efetivadas no sentido de reformulação das regras sobre o trabalho penitenciário e inclusão do tratamento criminológico para efeitos de progressão ou regressão de regime. A escassez de recursos destinados ao novo projeto execucional, porém, limita sobremaneira sua efetividade⁶².

Com a morte de Francisco FRANCO (1975), o regime ditatorial sobrevive por curto período, até a reforma política (1977), que dentre outros efeitos implicou na dissolução das Cortes Franquistas e na anistia aos presos políticos.

⁶⁰ RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión** ... op. cit., p. 152: “É certo que este texto de 1956 introduziu algumas novidades que, formalmente, supunham certa recepção das Regras Mínimas da ONU (não se pode olvidar, por outro lado, que a Espanha havia sido admitida nas Nações Unidas no ano anterior). Porém aparecia mais como uma fachada (...)” [Trad. de: “Es cierto que este texto de 1956 introdujo algunas novedades que, formalmente, suponían cierta recepción de las Reglas Mínimas de la ONU (no puede olvidarse, por otro lado, que España había sido admitida en las Naciones Unidas el año anterior). Pero aparecía más como una fachada (...)”]

⁶¹ Trad. de: “*defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales que, sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad.*” Essa lei nada mais é do que uma “atualização” da *Ley de Vagos y Maleantes*. Seus objetivos explícitos se vinculavam a “*reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social*”, tendo ainda estabelecido novas categorias de estados de perigosidade que se apresentam “*como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas*”, como o exercício habitual da prostituição e o comércio de material pornográfico. Sobre esse período, cf.: RIVERA BEIRAS, I. **La cuestión** ... op. cit., p. 152-156.

⁶² RIVERA BEIRAS, I. **La Cuestión** ... op. cit., p. 156-158.

Há, de imediato, uma sensível redução do contingente carcerário, decorrente da enorme quantidade de presos políticos beneficiados com a anistia, o que impulsiona os presos não políticos a exercerem forte pressão objetivando a extensão dos benefícios da *Ley de Amnistía Política*. A pressão exercida faz com que uma comissão paramentar seja constituída, com a missão de investigar as condições das prisões espanholas. Em poucos meses, o resultado dos trabalhos da comissão evidencia as condições desumanas experimentadas pelos presos, o que conduz à proposição de uma *Ley de Indulto*, cujo projeto, em linhas gerais, tinha por finalidade beneficiar os presos não políticos com extinção, redução ou comutação de penas. Contudo, a proposta legislativa foi votada e, em mais de uma oportunidade, rechaçada pelo Senado, o que gerou uma revolta generalizada dos presos, com motins, tortura, morte de reclusos e inclusive o assassinato do Diretor Geral das Instituições Penitenciárias, Jesús HADDAD BLANCO, assumindo o cargo Carlos GARCÍA VALDÉS⁶³.

Face à grave situação de conflitividade no âmbito das instituições penitenciárias, coube a Carlos GARCÍA VALDÉS a função de promover profunda reforma no sistema de execução penal, tarefa iniciada com um amplo debate com setores da sociedade civil – que incluiu visitas aos presídios para ouvir as reivindicações dos presos e dos funcionários da administração penitenciária –, para a posterior elaboração de um *Anteproyecto de Ley General Penitenciaria*⁶⁴.

Após elaboração e discussão parlamentar, o *Anteproyecto* é aprovado, convertendo-se na *Ley Orgánica 1/1979* ou *Ley General Penitenciaria*. A adoção expressa do princípio da legalidade implica no reconhecimento de que o preso é titular de direitos oponíveis ao Estado, positivando-se um estatuto jurídico ao recluso (arts. 2º, 3º e 6º) e a jurisdicionalização da execução penal, com a figura do *juez de vigilância* (arts. 76 a 78), criado para concretizar o imperativo do art.

⁶³ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 161-166.

⁶⁴ RIVERA BEIRAS, I. *La Cuestión* ... op. cit., p. 167-169.

117.3, da Constituição Espanhola de 1978⁶⁵ e que funciona como garante da legalidade da execução penal.

1.1.3. Portugal

Em Portugal, ainda que o debate mais aprofundado a respeito dos direitos dos condenados remeta ao fim do séc. XVIII e início do XIX⁶⁶, uma breve notícia histórica a respeito das Ordenações é oportuna pois “*durante largo tempo, em conjunto com a numerosa legislação extravagante, ficaram constituindo o Código Criminal da Nação.*”⁶⁷.

O Título 5º das Ordenações – de todas elas – disciplinava as questões criminais e, sob um prisma exclusivamente formal, pode-se afirmar que as disposições de natureza penal, além de pouca sistematicidade, eram marcadas por um caráter fortemente repressivista⁶⁸.

Pesquisas historiográficas sugerem, porém, que uma análise das Ordenações apenas segundo o plano do dever ser não permite compreender a realidade das práticas punitivas desenvolvidas no período monárquico, ao menos até a primeira metade do séc. XVIII.

Com efeito, em um período pré-estatalista – onde não há um centro unitário de poder, inexistente clara hierarquia de fontes e o direito legislado pode dar espaço ao costume e às práticas locais –, resumir o cenário penal ao aspecto formal implicaria ignorar por completo a pluralidade de fontes e práticas experimentadas no período imediatamente posterior à baixa Idade Média.

⁶⁵ "Art. 117.3 – O exercício do poder jurisdicional em todo o tipo de processos, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde exclusivamente aos juizes e tribunais determinados pela lei, segundo as normas de competência e procedimento que as mesmas estabeleçam. [Trad. de: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”]

⁶⁶ CORREIA, Eduardo. A Evolução Histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LIII, 1977, p. 123-124.

⁶⁷ CORREIA, E. **Direito Criminal**. v. I. reimp. da 1ª ed. de 1963. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103.

⁶⁸ CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 103-104.

Nesse contexto, Antonio Manuel HESPANHA apresenta duas condicionantes à aplicação das penas para demonstrar que, em linhas gerais, o sistema penal da monarquia portuguesa era menos rigoroso do que as previsões abstratas das Ordenações:

“Condicionalismos de dois tipos. De natureza política, isto é, relacionados com o modo como a política penal da coroa se integrava numa política mais global de disciplina régia; ou de natureza prática, relacionada com as limitações dos meios institucionais, logísticos e humanos na disponibilidade da coroa.”⁶⁹

No que diz com as condicionantes práticas, assevera HESPANHA que diversas penas corporais, a exemplo do degredo e da prisão, dado os custos elevados e as carências materiais para sua execução e fiscalização, eram raras. E ao analisar fontes documentais – como a relação dos presos da cadeia de Lisboa (1694-1696), dentre outras –, conclui que as penas de morte, açoites e corte de membros eram pouco aplicadas⁷⁰.

A segunda condicionante, de ordem política, explica a discrepância havida entre o direito legislado e as práticas punitivas: “*a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade ‘sem Estado’ dos séculos XVI e XVII, a de efectivar, por si mesmos, uma disciplina social.*”⁷¹

Mais do que efetividade nas sanções, o direito penal praticado pela justiça real no Antigo Regime cumpre com uma dupla função simbólica, de intimidação por um lado e benevolência por outro. Isso explica o rigor da lei e a larga discricionariedade para exercitar o poder de comutação, graça e perdão de penas; em outros termos, de correção casuística da lei (*ius*) pela equidade (*aequitas*)⁷².

⁶⁹ HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' à 'Disciplina': Textos, Poder e Política Penal no Antigo Regime. In: _____. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: FCG, 1993, p. 298.

⁷⁰ HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' ... op. cit., p. 298-310. No mesmo sentido, em relação à pena de morte: BARREIROS, J. A. As instituições ... op. cit., p. 606.

⁷¹ HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' ... op. cit., p. 297.

⁷² HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' ... op. cit., p. 310-320.

Esse quadro sofre modificações em finais do séc. XVII e início do séc. XVIII, quando a coroa pretende se afirmar como centro único de poder, cambiando a missão do direito penal, que de simbólico passa a desempenhar um papel normativo prático e disciplinador. Como consequência desse cenário político ocorre o aumento na frequência da aplicação da pena de morte e uma ampliação do espaço punitivo do direito régio⁷³.

Porém, as influências dos ideais iluministas ganham força e, no reinado de D. Maria I, Pascoal José de MELLO FREIRE é convocado a elaborar um Código de Direito Criminal, que embora não tenha se transformado em lei – tendo sido publicado anos após a morte de seu mentor, em 1823, sob o título “*Ensaio do Código Criminal*” –, serviu de influência para a produção legislativa posterior. No documento, o ideal de humanização do sistema de justiça criminal fica evidente:

“Creio que todos facilmente convirão comigo na abolição das penas crueis, e taes são as de morrer queimado vivo, enterrado, entaipado, despedaçado, e outras que por horror não quero nomear: o mesmo juízo faço da pena de cortamento das mãos, pés, olhos, lingoa, e outras.

A crueldade da morte por exquisitos e vagarosos tormentos offende a humanidade, e a religião, e de nada serve á sociedade (...)”⁷⁴

Se os ideais Iluministas não penetram no sistema de direito positivo português através da obra de MELLO FREIRE, isso ocorre com a Constituição de 1822, que dentre seus reflexos no ordenamento criminal, estabelece na regra do art. 11, a vedação das penas crueis e infamantes e, na questão penitenciária, fixa regras gerais de higiene e segurança nas prisões (arts. 208 e 209)⁷⁵.

⁷³ HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' ... op. cit., p. 321-327.

⁷⁴ MELLO FREIRE, Pascoal José de. **Ensaio do Código Criminal**. Lisboa: Ed. Miguel Setaro, 1823, p. 8. Os méritos do trabalho são realçados por Eduardo CORREIA: “(...) já continha uma parte especial e uma parte geral, é redigido primorosamente e possui uma sistemática razoável dos diversos crimes. Substancialmente imbuído dos princípios iluministas, revela uma tendência forte – embora aqui e além concedendo à tradição – para se integrar no pensamento daquele movimento.” (CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 105). Cf. ainda: HESPANHA, A. M. Da “Iustitia’ ... op. cit., p. 329-336.

⁷⁵ José Antonio BARREIROS refere ainda medidas legislativas elaboradas no âmbito das Cortes Constituintes em 1821, que pretendiam reflexos diretos na questão carcerária (v.g. indulto aos presos da

A exigência de compatibilizar o sistema punitivo com a nova ordem constitucional é buscada pela primeira vez com o Projeto José MANUEL DA VEIGA (1837), que foi aprovado, mas não entrou em vigência por questões políticas. Em 1845, um novo esforço é engendrado, com a nomeação de comissão para redigir um Código Criminal, tarefa esta finalizada em 1852. No mesmo ano o texto é aprovado e o primeiro Código Criminal de Portugal entra em vigência, substituindo definitivamente as previsões penais das Ordenações⁷⁶.

Nesse momento, as diversas ordens de penas corporais são substituídas pela pena de prisão – com um sistema de penas fixas –, que passa a ser a principal forma de sanção penal existente no ordenamento português⁷⁷ ainda que, curiosamente, questões relativas a direitos dos presos eram debatidas com seriedade desde 1834, com as “*Breves Considerações sobre a Necessidade e Meios de Melhorar as Prisões em Portugal*”, de Francisco D’ALMEIDA⁷⁸.

A completa falta de sistematicidade do Código fez com que, no ano subsequente à sua aprovação, uma comissão fosse nomeada para aperfeiçoá-lo⁷⁹. Sustentando a necessidade de uma reforma global, Levy Maria JORDÃO apresenta texto completamente inovador, com substanciais modificações no sistema penitenciário (v.g. criação de estabelecimentos para menores e instituição da liberdade condicional).

Ainda que o esforço não tenha sido convertido em lei, diversos aspectos referentes à pena e à execução penal serviram de base a modificações legislativas

Cadeia do Reino e desertores de simples deserção), porém que surtiram pouco efeito ou sequer foram aprovadas. Cf.: BARREIROS, J. A. As instituições ... op. cit., p. 589. Ainda no âmbito das reformas liberais, GIACOIA e HAMMERSCHMIDT referem as cartas Constitucionais de 1822 e 1826, que instituíram formalmente a proporcionalidade entre crime e sanção, a intranscendência e personalidade da pena e a vedação da tortura e de penas cruéis. Cf.: GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. *La Cárcel* ... op. cit., p. 48-49.

⁷⁶ CORREIA, E. *Direito* ... op. cit., p. 105-106.

⁷⁷ GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. *La Cárcel* ... op. cit., p. 49-50; CORREIA, E. *Evolução* ... op. cit., p. 126: "(...) a despeito de ter dado, como se disse, um largo papel à pena de prisão, de nenhum modo parece ter tomado consciência dos problemas que a sua execução suscitava."

⁷⁸ CORREIA, E. *Evolução* ... op. cit., p. 109; CORREIA, E. *A Evolução* ... op. cit., p. 81-82, 91 e 97; RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

⁷⁹ BARREIROS, J. A. As instituições ... op. cit., p. 593-594.

posteriores, como por exemplo: **a)** Lei de 1 de Julho de 1867, que modificou sensivelmente o sistema de penas e execução penal do Código de 1852⁸⁰; **b)** Lei de 6 de Julho de 1893, instituindo a liberdade condicional e a suspensão da pena; **c)** Decreto de 27 de Maio de 1911, sobre as colónias para menores infratores e; **d)** Lei de 29 de Janeiro de 1913, que substituiu o sistema de Filadélfia pelo de Auburn⁸¹.

Nesse período também surgem outras tentativas de reforma da legislação penal, como os Projetos de Rabelo da SILVA (1869), José Luciano de CASTRO (1870) e Navarro de PAIVA (1870-1874), tendo esse último por objetivo a criação do Código de Processo Criminal⁸².

Em 1884, com a denominada Nova Reforma Penal, promove-se outro grande conjunto de alterações ao CP/1852. A Carta de Aprovação dessas alterações autorizava uma nova publicação do Código Penal, o que culminou com a nomeação de uma comissão para promover a sistematização e inserção das

⁸⁰ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 12-13; CORREIA, E. Evolução ... op. cit., p. 129-130; CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 110-111: “(...) uma parte muito importante do Projecto, a referente às penas e à execução prisional, foi consagrada legislativamente na lei de 1 de Julho de 1867. Esta abole a pena de morte que aliás, de facto, como já se disse, não se executava desde 1846 e que já tinha sido abolida para crimes políticos pelo Acto Adicional de 1852; abole também a pena de trabalhos públicos, que todavia se continuou a aplicar até estarem realizados os planos de construção de prisões centrais (...). O tipo de internamento celular dos projectos 61-64 foi também consagrado. O isolamento era nocturno e diurno. (...) Também o trabalho não era comum. O preso trabalhava na cela. E atribuía a reforma um largo alcance a isolamento completo como processo de regeneração. (...) Em suma, portanto, consagrou todas as ideias que haviam constituído o património do chamado *sistema de Filadélfia*.”

⁸¹ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 12-13. Ainda que a legislação criminal e penitenciária de Portugal, ao final do séc. XIX e início do séc. XX, tenha um nítido carácter modernizador, valem aqui as observações de José Antonio BARREIROS: “(...) Relativamente ao problema prisional (...), convém também não concluir que as soluções teóricas alcançadas relativamente àquele (...) condicionam, de imediato, os traços caracterizadores essenciais de resolução do segundo. **A execução de um sistema prisional supõe uma opção filosófica quanto à problemática teórica do fim das penas; mas supõe igualmente a vontade política de executar uma série de actos concretos que podem ser tidos por pouco oportunos.**” – g.n. – (BARREIROS, J. A. As instituições ... op. cit., p. 602)

⁸² O Projeto Navarro de PAIVA foi apresentado ao debate em 1874 e no ano seguinte, por Decreto de 12 de Julho de 1875, criou-se uma comissão para a revisão do texto do Projeto, revisão essa que acabou por ser realizada pelo próprio Navarro de Paiva, tendo sido então apresentada uma segunda versão do texto original em 1882. A morosidade para a sua aprovação fez com que o seu idealizador promovesse em 1886 uma nova revisão do texto, na tentativa de adequá-lo às previsões da reforma penal de 1884. O labor de Navarro de PAIVA, por questões políticas, acabou esquecido, e o pretendido intento de um Código de Processo Penal acabou adormecido até 1929. Cf.: BARREIROS, J. A. As instituições ... op. cit., p. 594-595.

alterações no Código. O trabalho da comissão acabou por abrir espaço a um novo Código Penal, pela Lei de 16 de Setembro de 1886⁸³.

Mas segundo Eduardo CORREIA, “*o trabalho daquela comissão não foi de modo algum feliz.*”⁸⁴ A inexistência de preocupação em atualizar o sistema penal em face das diversas leis esparsas existentes fez com que o CP/1886 surgisse desatualizado, razão por que sofreu um sem número de alterações até a grande reforma na parte geral, em 1954⁸⁵.

Nesse ínterim, a execução penal também sofre sensíveis alterações através de leis esparsas: **a)** conversão de penas curtas de prisão em multa (Decreto 13.343/1927, regulado pelos Decretos 13.822/1927 e 20.353/1931); **b)** consagra-se, pela primeira vez, o sistema progressivo de execução da pena (Decreto 12.549/1927); **c)** o degredo é comutado por pena de prisão maior (Decreto 20.887/1932) e, posteriormente, abolido (Lei Orgânica do Ultramar de 27.6.1953) e; **d)** são fixados princípios de reabilitação dos presos (Decreto 34.540/1945).

É, porém, com a Organização Prisional (Decreto 26.643/1936), que ocorre uma reforma geral das questões execucionais. Na exposição de motivos desse texto estão explícitas as preocupações com a questão carcerária, em discurso que infelizmente não perdeu a atualidade:

"A necessidade da reforma dos serviços prisionais é indiscutível para quem conhecer a sua actual organização e os princípios a que deve subordinar-se o regime prisional. A regulamentação dos serviços está consignada em muitos diplomas, inspirados em princípios diversos e contraditórios até, o que torna impossível a existência de um plano sério de conjunto; e encontra-se bastante distanciada dos ensinamentos da ciência e prática penitenciária.

A imperfeição e insuficiência orgânicas correspondem a imperfeição e insuficiência das instalações. As condições de construção, instalação e localização dos edifícios são péssimas e os estabelecimentos insuficientes

⁸³ CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 111-112.

⁸⁴ CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 112.

⁸⁵ CORREIA, E. **Direito** ... op. cit., p. 112-120; CORREIA, E. *Evolução* ... op. cit., p. 133.

para o número existente de reclusos, donde os excessos de lotação prejudiciais à acção disciplinar e educativa, pois os reclusos vivem em promiscuidade inadmissível – presos preventivos ao lado de condenados, anormais ao lado de normais, delinquentes ocasionais ao lado de homens endurecidos no crime. Em poucas palavras e como síntese poderá dizer-se, examinadas as condições em que funciona o regime prisional, que em muitos casos a prisão nada remedeia, convertendo-se a pena, que deveria combater o crime, em factor que o multiplica e agrava."

O Decreto de Organização Prisional opera em diversos aspectos, desde a previsão de estabelecimentos distintos para maiores e menores (arts. 8º e 11º), para mulheres e homens (art. 10º), a separação de presos conforme a gravidade do crime (arts. 12º e 13º), o direito a uma hora diária de ar livre para exercícios (art. 25º), a proibição de "*usar na execução das penas quaisquer processos de rigor deshumano*" (art. 29º, § único), o aperfeiçoamento do sistema progressivo (arts. 21º, 33º, 41º e 57º)⁸⁶, a criação das prisões-maternidade a presas grávidas ou com filhos menores de três anos (arts. 102º a 107º), regras sobre tratamento, vestuário, alimentação, visitas médicas, trabalho, assistência religiosa e instrução aos presos (arts. 229º a 302º), permissões de saídas e visitas (arts. 303º a 314º) e regras sobre liberdade condicional (arts. 390º a 402º) e indultos (arts. 403º a 407º).

Porém, a marca administrativista das questões executivas vinha evidenciada na figura do Tribunal de Execução das Penas, criado pela Lei 2.000/44 e regulamentado pelo DL 34.540/45. Esse órgão se diferenciava sobremaneira do *giudice di sorveglianza* italiano pós *Codice Rocco* e do *juez de vigilancia* espanhol, dado que na sistemática portuguesa as questões inerentes aos direitos dos presos permaneciam atribuídas ao plexo de atribuições da administração penitenciária⁸⁷, mantendo-se apenas as decisões sobre os

⁸⁶ Sobre o sistema de progressão instituído no Decreto de Organização Prisional, cf.: CORREIA, E. Evolução ... op. cit., p. 134-135.

⁸⁷ BELEZA DOS SANTOS, José. Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal: razões determinantes de sua criação – estrutura – resultados e sugestões. **Boletim de Faculdade de Direito** (Suplemento XV), v. I. Coimbra, 1964, p. 290-291: "(...) os tribunais da execução das penas não são chamados a intervir nas relações entre a Administração e os presos, nem a resolver conflitos que surjam, por exemplo, na escolha do trabalho ou na sua aprendizagem, ou em matéria de salários, de visitas aos

incidentes de execução na esfera de competência do órgão jurisdicional sentenciante (art. 121, do CP e arts. 625-626, do CPP)⁸⁸.

Nas quatro décadas subseqüentes, a "*autêntica proliferação de modificações ao diploma de 1936, de carácter mais ou menos administrativo*"⁸⁹, somado ao intenso debate internacional no campo da execução das penas e medidas de segurança⁹⁰ fez com que fosse aprovada a Reforma do Sistema Prisional (Decreto-Lei 265/79), reunindo tendências ressocializadoras e de defesa social⁹¹.

Sobressai da Reforma a positivação da concepção de que o preso é sujeito e titular de direitos não afetados pela condenação: "*o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória (...)*" (art. 4.1).

Em que pese se não ter nesse momento um vero e próprio processo de execução penal – basta pensar, por exemplo, que as punições por faltas

reclusos, ou de correspondência que eles enviem ou recebam. Também não têm qualquer ingerência na imposição de penas disciplinares, nem podem pronunciar-se acerca das regalias ou desfavores, resultantes da aplicação concreta do respectivo regime prisional. E assim, no *sistema progressivo* (...) o juízo de execução das penas também não é chamado a pronunciar-se acerca do *progresso* ou *retrocesso* dos presos. (...) Todas as decisões a este respeito são reservadas à Administração Penitenciária, isto é, ao Director do estabelecimento, ouvido o Conselho Técnico. Entende-se que a ingerência de um tribunal nestas matérias poderia diminuir a autoridade, o prestígio e a iniciativa da direcção do estabelecimento prisional."

⁸⁸ BELEZA DOS SANTOS, J. Os Tribunais ... op. cit., p. 292 e 297.

⁸⁹ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 14.

⁹⁰ É o que se depreende da exposição de motivos do DL 265/79: "Mas em tudo o que foi tratado tiveram-se em conta, particularmente, as regras mínimas para o tratamento de reclusos propostas pela ONU (1955) e pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa (1973), a Resolução (73), adoptada pelo mesmo Comité de Ministros em matéria de tratamento de delinquentes adultos (curta duração), a Resolução (73), em matéria de tratamento em grupo ou em comunidade, a Resolução (76), sobre tratamento de reclusos condenados a penas longas, o anteprojecto de resolução sobre licenças de saída (congé pénitentiaire), elaborado em 14 de Maio de 1979 pelo Comité Restreint d'Experts sur les Régimes des Institutions pénitentiaires et les Congés pénitentiaires, os resultados da 11.ª Conferência de Ministros da Justiça Europeus (1978), em matéria de tratamento de reclusos estrangeiros, e dos estudos já levados a efeito pelo comité restreint encarregado. Igualmente se consideraram as mais recentes reformas sobre a execução das medidas privativas de liberdade, como a francesa, de 1975, e a espanhola, de 29 de Junho de 1977, já aperfeiçoada pela proposta de lei penitenciária, de 1978, a lei italiana de execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, de 1975, o respectivo regulamento de execução (1976) e a lei alemã de execução das penas, de 1977."

⁹¹ GIACOIA, G; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel** ... op. cit., p. 54-55; RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 14-15: "(...) ao invés do que sucedeu noutros países, a orientação da execução da pena de prisão para a socialização do delincente não tenha sido questionada. Na verdade, a ideia de recuperação do delincente (...) sofreu, em alguns países, inflexões consideráveis, quando não verdadeiras perversões, sendo, em outros, pura e simplesmente abandonada."

disciplinares cabiam exclusivamente à administração penitenciária (DL 265/79, arts. 131 e 136.1) –, previa-se a possibilidade de interposição de recursos ao Tribunal dos Direitos do Homem para salvaguardar os direitos protegidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, nas hipóteses em que esgotados todos os meios impugnativos previstos no direito interno (art. 151).

O caminho efetivo no sentido da jurisdicionalização da execução ocorre com a entrada em vigência do CPP/1987, quando é fixada a competência da execução penal ao órgão jurisdicional da condenação (art. 470.1). No mesmo ano, a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei 38/87) afeta aos Tribunais de Execução das Penas a decisão, dentre outros assuntos, sobre modificação ou substituição de penas ou medidas de segurança e concessão ou revogação de liberdade condicional (art. 68), competência posteriormente prevista nas Leis de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (art. 91, da Lei 3/99 e art. 124, da Lei 52/2008), no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei 115/09) e na Lei da Organização do Sistema Judiciário (art. 114, da Lei 62/2013).

Na atualidade, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei 115/09), que revogou o DL 265/79, contempla, no ordenamento português, os princípios e regras norteadores da execução penal, prevendo um amplo catálogo de garantias individuais aos cidadãos condenados. A sistemática executiva está em consonância com o atual Código Penal (DL 48/95), que possui um amplo leque de medidas penais alternativas ao cárcere, bem como penas de prisão de curta duração⁹².

1.1.4. Brasil

No Brasil, a preocupação com a autonomia e a consequente sistematização do direito de execução penal é fenômeno recente. Em que pese ser possível

⁹² GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. *La Cárcel ...* op. cit., p. 57-59.

identificar desde o período colonial a existência de regras prevendo penas e formas de punição, percorreu-se longo caminho para se compreender, no plano formal e material, o condenado como sujeito de direitos oponíveis ao Estado e, via de consequência, reconhecer-se a esses indivíduos um estatuto jurídico⁹³.

Relativamente aos reflexos da experiência colonial na formação da execução penal no Brasil (1500-1822), não se pode ignorá-los, ainda que se não olvide as enormes dificuldades – sobretudo no que tange às fontes – de abordar o período⁹⁴.

Tomando-se por ponto de partida esse período, importante delimitar o que se poderia compreender por “direito colonial brasileiro”⁹⁵, para então traçar algumas linhas sobre as práticas punitivas coloniais e sua influência na sistemática punitiva pós-colonial. Adverte-se, desde logo, não se poder projetar livremente conceitos e características da modernidade jurídica ao antigo regime brasileiro, sob pena de se descaracterizar as peculiaridades de cada período, lendo e distorcendo o passado com as lentes do presente⁹⁶.

Seguindo essa premissa, não é incomum em alguns setores da dogmática penal – quando se pretende traçar algumas linhas sobre a historiografia do direito criminal brasileiro –, estabelecer uma dependência absoluta da colônia em face do legalismo da metrópole, vinculando-se as práticas punitivas coloniais aos preceitos das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas⁹⁷.

⁹³ MIOTTO, A. B. **Curso de Direito Penitenciário**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 57-63.

⁹⁴ THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 1; PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 71 e ss.

⁹⁵ A proposição é de: HESPANHA, A. M. Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. v. 35, t. I (2006), p. 59-81.

⁹⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Estados, Poderes e Jurisdições: Modelos de Análise e a Experiência Brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 19-23; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1 (Teoria Geral do Direito Penal). Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 411.

⁹⁷ Vide, por exemplo: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. I, t. I. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 117-119.

Se é verdade que, em maior ou menor grau, as Ordenações vigoraram no período colonial, não é menos correto afirmar que sua eficácia foi limitada e que esse sistema de direito legislado sequer se aplicava com exclusividade, face a existência de outras regulamentações com força jurídica, como forais, cartas de doação, regimentos e decretos reais⁹⁸.

Mas mais do que isso, talvez possa ser incorreto transpor ao período colonial a concepção moderna de que o direito legislado foi aplicado como fonte primária do direito. Com efeito, estudos historiográficos apontam para uma autonomia e pluralismo de fontes do direito colonial, preponderando o direito particular – doutrina, costumes locais, usos, graça etc – em detrimento das leis régias⁹⁹.

Essa característica não é exclusiva da colônia. Mesmo em Portugal é possível identificar uma distinção entre as previsões legisladas e as práticas locais. Especificamente no campo criminal, Antonio Manuel HESPANHA assevera que o rigorismo das punições previstas nas Ordenações cedia espaço para a equidade do juiz em adequar a sanção, ou ainda para que o Rei utilizasse expedientes comutativos da pena¹⁰⁰. A pluralidade de fontes e práticas observada na experiência portuguesa é repetida na colônia:

“(...) o mecanismo judicial português transplantado para o Brasil estendeu à colônia a mesma dicotomia entre a cominação penal e a prática da execução, como se percebe da atuação penal do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Assim, a comutação de penas – de morte para degredo, de degredo longínquo para próximo – e a concessão de alvarás, com grande liberalidade, de fiança e cartas de seguro para 'livrar-se solto das acusações', inclusive em

⁹⁸ THOMPSON, A. F. G. **Escorço** ... op. cit., p. 76-78; DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 138-139; PIERANGELLI, J. H. **Processo** ... op. cit., p. 71-72; ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 413-420.

⁹⁹ HESPANHA, A. M. Porque ... op. cit., p. 62 e ss; FONSECA, R. M. Estados ... op. cit., p. 23: "(...) no Brasil, pode-se perceber um direito que se diferenciava da juridicidade portuguesa metropolitana justamente na medida em que os usos particulares e, sobretudo, na medida em que as decisões judiciais, orientam a prática e adaptam-na às específicas condições do Brasil colônia." Há ainda quem aponte que as Ordenações tiveram pouca aplicação no Brasil em decorrência da ausência de um poder público juridicamente estruturado e com organização repressiva mínima. Nesse sentido, cf.: GIACOIA, G.; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcel** ... op. cit., p. 64.

¹⁰⁰ HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' ... op. cit., p. 297-320.

crimes de morte demonstram como nos dois lados do oceano a justiça real do Antigo Regime – sobretudo na etapa da monarquia tradicional, ou posteriormente como persistência dela –, esteve distante de uma atuação social disciplinadora.”¹⁰¹

Portanto, em paralelo a um modelo legislado no qual prevaleciam formalmente penas de morte, corporais e aflitivas, a prática revela a existência de mecanismos de atenuação da rigidez punitiva, possível pela pluralidade de fontes e pela prevalência das práticas locais¹⁰². Reserva-se à prisão, precipuamente, a função de acautelar o acusado até o julgamento do processo, sendo ainda utilizada como mecanismo para forçar o indivíduo ao pagamento de dívidas¹⁰³.

No Brasil Império (1822-1889), a influência jurídica portuguesa permanece arraigada. O programa criminalizante do período comporta dois grandes eixos, “*no primeiro dos quais encontramos a contradição entre o liberalismo e a escravidão, e no segundo o movimento político de descentralização e centralização.*”¹⁰⁴

Os ideais iluministas de proporcionalidade das sanções e abandono de penas cruéis e atrozes – defendidos em Portugal desde o Projeto *Pascoal de Mello Freire* (1793), que inclusive influenciou o Código Criminal do Império de 1830 – aportam no Brasil com a vinda da família real portuguesa (1808), ainda que isso ocorra de forma matizada, tendo-se em vista a manutenção da lógica escravista e a conseqüente necessidade de controle dos escravos¹⁰⁵.

¹⁰¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 549-550.

¹⁰² WEHLING, A.; WEHLING, M. J. **Direito** ... op. cit., p. 567-568; THOMPSON, A. F. G. **Escorço** ... op. cit., p. 77; DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 138-139.

¹⁰³ DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 270-273; DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 137; PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André **Teoria da Pena & Execução Penal: Uma Introdução Crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012 p. 166.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 423; FONSECA, R. M. Estados ... op. cit., p. 24-25. Análise do modelo punitivo pós-colonial latino americano em: AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e Sociedade na América Latina, 1800-1940**. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil**. v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 37-46.

¹⁰⁵ AGUIRRE, C. **Cárcere** ... op. cit., p. 39-40; THOMPSON, A. F. G. **Escorço** ... op. cit., p. 103 e ss; DOTTI, R. A. **Curso** ... op. cit., p. 273.

No plano legislativo, o paradoxo havido entre a racionalidade utilitarista da sanção penal e a absorção do paradigma iluminista é evidente: ao mesmo tempo em que a Constituição de 1824 prevê a abolição das penas cruéis, a intranscendência das penas e padrões mínimos de salubridade das prisões (art. 179, XIX a XXI), o Código Criminal do Império de 1830 contém diversos dispositivos que distinguem as sanções penais conforme se trate de um cidadão ou de um escravo¹⁰⁶. Essa racionalidade paradoxal também se evidencia na Lei nº 4, de 10 de Junho de 1835, a qual prevê, na regra do art. 1º, a pena de morte aos escravos que matarem ou provocarem lesões graves em seus senhores.

Esse panorama punitivo – que, no plano formal, diferencia a *qualidade*, a *quantidade* e a *forma* da execução das penas – revela uma tensão entre os ideais liberais e o controle da massa de escravos, no qual este se sobressaiu e assim, “*mais uma vez, o negro, o escravo, entra na legislação penal brasileira para justificar a exceção.*”¹⁰⁷

A enorme influência da concepção escravocrata na normatização da execução das penas no período imperial se reflete, por exemplo, no Regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro (Decreto 678/1850) e nos regulamentos da Casa de Detenção (Decreto 1.774/1856) e da Casa de Correção da Corte (Decreto 8.386/1882)¹⁰⁸.

Na Primeira República (1889-1930), a execução das penas sofre um câmbio pragmático decorrente do abandono formal – pelo Código Penal de 1890 e algumas leis extravagantes –, de determinadas práticas punitivas oriundas do

¹⁰⁶ DOTTI, R. A. **Curso** ... op. cit., p. 280. É o caso, por exemplo, do art. 60, do Código Criminal do Império – posteriormente revogado pela Lei 3.310, de 1886 –, que previa a pena de açoites exclusivamente para escravos. Além disso, algumas penas, muito embora fossem previstas a escravos e não escravos, aplicavam-se majoritariamente àqueles, como é o caso das galés. Segundo José Eduardo GOULART, o gritante anacronismo no sistema de penas existente no Código Criminal do Império é reflexo da “*evidente solução de compromisso entre segmentos diversos do nosso corpo social.*” (GOULART, J. E. **Princípios** ... op. cit., p. 34-36).

¹⁰⁷ GOULART, J. E. **Princípios** ... op. cit., p. 36. No mesmo sentido: ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 424-440; PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria** ... op. cit., p. 167: “(...) o controle sobre as massas de escravos era ainda prioridade, incompatível com um ideário originariamente fundado na liberdade e na pressuposição da necessidade de reeducação.”

¹⁰⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 56 e ss.

período imperial, como é o caso do açoite – abolido desde a Lei 3.310, de 15 de Outubro de 1886 –, das galés, da pena de morte e de penas infamantes¹⁰⁹.

A partir dessa codificação, a pena privativa de liberdade assume posição de centralidade no cenário execucional brasileiro, ainda que na prática as intervenções corporais não tenham sido abandonadas¹¹⁰. Afinal, mesmo que no ano anterior à entrada em vigência do CP/1890 tenha sido abolida a escravidão, a lógica segregacionista permanecia sob nova roupagem e as práticas punitivas seguiam exercendo precípua função neutralizadora¹¹¹.

Neste período ainda não se tem, no Brasil, notícia histórica de nenhuma tentativa de uniformizar regras de execução penal em cenário nacional, havendo apenas e tão somente diplomas normativos esparsos nos estabelecimentos carcerários – e muitas das vezes contraditórios entre si –, como é o caso do Decreto 3.674/1900 (*Regulamento da Casa de Correção da Capital*), do Decreto 8.296/1910 (*Novo Regulamento para a Casa de Correção da Capital Federal*), e do Decreto 10.873/1914 (*Novo Regulamento da Casa de Detenção da Capital Federal*), todos reproduzindo um viés essencialmente repressivo e adotando o cárcere como estratégia de controle social¹¹².

Alguns avanços, porém, não podem ser ignorados. Com efeito, o CP/1890 prevê o livramento condicional, por provocação do diretor do estabelecimento penitenciário (arts. 51 e 52), podendo-se inclusive referir uma incipiente preocupação com a individualização da execução das penas, havendo regra

¹⁰⁹ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 451-456; DOTTE, R. A. **Curso** ... op. cit., p. 282-283.

¹¹⁰ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 448 e 456-458; ROIG, R. D. E. **Direito** ... op. cit., p. 80-82.

¹¹¹ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 442-443: “No discurso deste novo sistema penal, a inferioridade jurídica do escravismo será substituída por uma inferioridade biológica; enquanto a primeira, a despeito de fundamentos legitimantes importados do evolucionismo, podia reconhecer-se como mera decisão de poder, a segunda necessita de uma demonstração científica. Neste sentido, poderíamos afirmar que o racismo tem uma explicável permanência no discurso penalístico republicano, que se abebera nas fontes do positivismo criminológico italiano e francês para realizar as duas funções assinaladas por Foucault: permitir um corte na população administrada, e ressaltar que a neutralização dos inferiores ‘é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura’.”. Ainda: ROIG, R. D. E. **Direito** ... op. cit., p. 100-101. “(...) a programação criminalizante da Primeira República evidencia o contra-senso de um sistema penal que viabiliza peremptoriamente a fundação da ordem burguesa, mas que traz em si, pulsante, a cultura da intervenção corporal escravista.”

¹¹² ROIG, R. D. E. **Direito** ... op. cit., p. 103.

expressa determinando que os estabelecimentos prisionais deveriam possuir condições de trabalho adequadas às habilidades dos presos (art. 53)¹¹³. E no ano de 1924, são dignos de registro os Decretos 16.588 e 16.665, que respectivamente introduziu a suspensão condicional da pena e jurisdicionizou o livramento condicional.

A segunda República (1930-1937) marca a primeira tentativa de construção sistematizada de um Código Penitenciário no Brasil, por influência do “X Congresso Penitenciário Internacional”, realizado em Praga (1930)¹¹⁴. Antes da participação da delegação brasileira nesse Congresso, realizou-se na cidade do Rio de Janeiro a “Conferência Penal e Penitenciária Brasileira”, que teve por um de seus objetos o estudo das doze questões principais que seriam tratadas em Praga, em trabalho posteriormente publicado sob o título “Contribuição do Brasil ao Décimo Congresso Penal e Penitenciário Internacional”¹¹⁵.

Tanto na Conferência como no Congresso são observadas tendências dogmáticas que vieram a refletir sobremaneira no ordenamento penitenciário brasileiro, como a universalização da concepção de que o preso é titular de direitos individuais e a afirmação de um papel dúplice e complementar na execução penal, representado pela ressocialização e pela contenção da reincidência¹¹⁶.

¹¹³ DOTTI, R. A. **Curso** ... op. cit., p. 283.

¹¹⁴ A *Comissão Penitenciária Internacional* realizava, desde o ano de 1872, o **Congresso Penitenciário Internacional**, para a discussão de questões penais e penitenciárias. O Brasil foi representado formalmente – por André de Pádua FLEURY – pela primeira vez no Segundo Congresso, realizado em Estocolmo, no ano de 1878 e, posteriormente, somente compareceu ao *X Congresso*. Nesse sentido, cf.: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Décimo Congresso Penal e Penitenciário Internacional Realizado em Praga em Agosto de 1930. Sessões e Resoluções. Relatório do Prof. Cândido Mendes de Almeida. Contribuições do Brasil. Sessões e Resoluções da Conferência Penal e Penitenciária Brasileira Realizada no Rio de Janeiro em Junho 1930**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, p. 8-9.

¹¹⁵ Um breve histórico dos nove *Congressos Internacionais* anteriores e um profundo relatório da Conferência Penal e Penitenciária Brasileira e da participação do Brasil no X Congresso Penitenciário em Praga pode ser consultado em: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Décimo** ... op. cit., p. 8 e ss.

¹¹⁶ Veja-se, por exemplo, o que falou o Prof. Augusto MIRICKA, Presidente eleito do *X Congresso*, em seu discurso de boas vindas aos participantes do encontro: “*O papel principal da execução da pena deve estar no levantamento moral do homem que infringiu a lei penal, e em colocá-lo em condições que o impeçam de reincidir.*” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Décimo** ... op. cit., p. 42)

Sob o fluxo desse ideário se busca pela primeira vez, no Brasil, a sistematização do direito penitenciário, com a apresentação na Câmara dos Deputados, pelo Partido Progressista da Parahyba, do Projeto de Código Penitenciário, elaborado entre os anos de 1930 e 1933 por Cândido MENDES DE ALMEIDA, José Gabriel de LEMOS e Heitor Pereira CARRILHO.

Em que pesem os consideráveis avanços pretendidos, no que tange aos direitos dos presos, a marca essencialmente administrativista da execução penal é evidente, como se pode depreender da regra do art. 1º, pela qual “*a execução das sentenças condenatorias criminaes será realizada sob a direcção dos Conselhos Penitenciarios, fiscalização dos juizes, e tribunaes (...)*.”

A função jurisdicional em sede executiva limitava-se à concessão e revogação de livramento condicional, expedição de alvará de soltura, determinação de extinção da pena e reabilitação (art. 40). Questões como progressão de regime (“*progressivo encurtamento de pena*”), transferência de presos, fiscalização e eventual revogação de suspensão condicional, aplicação de medidas de segurança, regularidade da cobrança de penas pecuniárias etc, competiam aos Conselhos Penitenciários (arts. 40 e 48), situando-se fora do âmbito do controle jurisdicional.

O Projeto, muito embora o esforço de seus idealizadores¹¹⁷, não chegou a ser aprovado, face à morosidade dos debates legislativos em torno de sua aprovação bem como em decorrência do golpe que inaugurou o período conhecido como Estado Novo (1937-1945), que no campo criminal deixou de legado o CP/1940¹¹⁸.

Uma nova tentativa de codificação penitenciária surge apenas com o restabelecimento do regime democrático (1946-1964), quando em 1956 se

¹¹⁷ Consta da Exposição de Motivos do Projeto que foram realizadas 114 (cento e catorze) sessões para a sua integral confecção.

¹¹⁸ ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 459-479.

institui comissão de juristas capitaneada por Oscar STEVENSON para desenvolver um Anteprojeto de Código Penitenciário¹¹⁹.

Esse Anteprojeto é apresentado ao Ministro da Justiça para posterior encaminhamento às discussões parlamentares. Há uma enorme preocupação, revelada desde a sua Exposição de Motivos, com a autonomia do direito penitenciário e com a função precípua de ressocialização do cidadão condenado¹²⁰. Contudo, mais uma vez os esforços na tentativa de se construir um sistema positivo de execução penal não se concretizam.

Paralelamente às discussões havidas em torno do Anteprojeto, aprova-se a Lei de Normas Gerais do Regime Penitenciário (Lei 3.274/57), que muito embora tratasse de assuntos extremamente relevantes em relação à execução das penas (v.g. o trabalho e a educação dos presos) não consistiu um vero e próprio sistema normativo de execuções penais.

Ainda no período democrático anterior ao regime ditatorial civil-militar, nova tentativa de codificação penitenciária surge em 1963. Nesse ano, Nelson HUNGRIA apresentou o Anteprojeto de Código Penal – fruto de trabalho desenvolvido desde o ano de 1961 – e Roberto LYRA foi incumbido de apresentar o Anteprojeto de Código Penitenciário, harmonizando as previsões legais executórias em face das penais. Contudo, a ascensão do regime militar em 1964 culminou com o abandono das pretendidas reformas penitenciárias¹²¹.

Com a promulgação do Código Hungria pelo Decreto Lei 1.004/69, uma nova tentativa de codificação penitenciária é proposta, dessa vez capitaneada por Benjamin MORAES FILHO. Trata-se de uma adaptação do Anteprojeto Lyra, com algumas modificações em face do novo Código Penal, que estava em prazo de *vacatio legis*.

¹¹⁹ A Comissão era composta por Oscar Penteadó STEVENSON, Rodrigo Ulisses de CARVALHO, Justino CARNEIRO, Fernando Bastos de ÁVILA, Victório CANEPPA e Roberto LYRA, que por estar em compromissos no exterior, exonerou-se da incumbência, tendo sido substituído por Aníbal BRUNO.

¹²⁰ **PROJETOS E ANTEPROJETOS DE CÓDIGO PENITENCIÁRIO**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978, p. 130-132.

¹²¹ DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 1-3 e 119-121; ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 479.

Contudo, circunstâncias políticas e as severas críticas ao CP/69 – que restou profundamente alterado pela Lei 6.016/73 – culminaram com sua posterior revogação pela Lei 6.578/78, sem que tenha sequer entrado em vigência. Com isso, o Anteprojeto MORAES FILHO de Execuções Penais é igualmente abandonado¹²².

A propósito, a revogação do CP/69 soava como questão de tempo, notadamente pelas reformas pontuais promovidas pela Lei 6.416/77, que dentre outros pontos contemplou os regimes aberto, semiaberto e fechado, dando ainda novos contornos ao trabalho interno e externo do preso, à individualização das penas – que segundo René Ariel DOTTI, aparecia na CR/46 como postulado meramente programático¹²³ –, bem como instituindo regulamentação da prisão albergue e nova sistemática sobre o livramento condicional e o *sursis* penal.

Em que pese a grande importância que a Lei 6.416/77 imprimiu ao cenário da execução penal – o que de certa forma decorreu das graves violações de direitos dos presos e da absurda superpopulação carcerária, reveladas desde os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, que nos anos de 1975-1976 promoveu profundo levantamento a respeito da situação carcerária do país – a necessidade de instituição de um sistema normativo específico a respeito do direito de execução penal se fazia premente¹²⁴.

A senda aberta pela Lei 6.416/77, aliada à paulatina reabertura democrática, possibilitou que se instituisse no Brasil um sistema positivo de execução penal, cujos marcos legais consistem nas Leis 7.209/84 e 7.210/84, esta última que instituiu a Lei de Execuções Penais e consolidou, no direito brasileiro,

¹²² DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 121-123.

¹²³ DOTTI, R. A. **A Reforma Penal e Penitenciária**: anotações à Lei nº 6.416/77 e estudos de contribuição. *s.l.* Livraria Ghignone Editora, *s.d.*, p. 25. Profundo estudo sobre a gênese da Lei 6.416/77, com retrospecto incluindo comentários a respeito dos diversos Anteprojetos de Códigos Penitenciários em: MIOTTO, A. B. A Reforma do Sistema das Penas: A Lei nº 6.416/77, de 24 de Maio de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para sua gênese e na sua elaboração; outras considerações. **Revista de Informação Legislativa**. a. 14, n. 54, (abr./jun. 1977), p. 153-316.

¹²⁴ DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 171-176; ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito** ... op. cit., p. 479-480.

o percurso legislativo que culminou com a autonomia e a formação do direito executivo penal no Brasil.

1.2. Normatividade da Execução Penal: Autonomia Integradora e Complementaridade Funcional

A concepção autonomista do direito de execução penal implica, dentre outras decorrências dogmáticas, na necessidade de estabelecer as relações da execução penal com o direito penal e processual penal, bem como no reconhecimento de uma normatividade específica da disciplina.

Segundo a tese autonomista, o dever punitivo¹²⁵ estatal é exercido concretamente em um processo de execução penal, que se não confunde com o processo penal de conhecimento. Nessa construção, o poder de punir comporta três momentos distintos e sucessivos, definidos respectivamente pela fixação abstrata dos crimes (direito penal), imposição da pena (direito processual penal) e execução da sanção penal (direito de execução penal)¹²⁶.

A autonomia da execução opera em um duplo sentido, pois o direito de execução penal é autônomo tanto em relação ao direito penal como em face do processo penal de conhecimento. Aqui, a autonomia deve ser compreendida em sentido dogmático, dado não excluir um vínculo funcional ou instrumental entre direito penal, processual penal e executivo¹²⁷.

¹²⁵ Na linha de que o Estado não possui um direito, mas sim um dever de punir, cf.: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17-19.

¹²⁶ MIOTTO, A. B. **Curso ...** op. cit., p. 63; DOTTI, R. A. **Pena Privativa de Liberdade**: fisionomia e questões. Tese Apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Recife, 1970, p. 67; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. reimp. da 1ª ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 27: "(...) a partir da função do direito penal total se deixam perspectivar os três 'sectores de um idêntico ordenamento jurídico' em que aquele se divide: o *direito penal substantivo* (material); o *direito processual penal* (adjectivo ou formal); o *direito de execução das penas*."

¹²⁷ DIAS, J. F. **Direito ...** op. cit., p. 23-24; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Controle de Legalidade na Execução Penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 31; ALBERGARIA, J. **Das Penas ...** op. cit., p. 100: "Não obstante a autonomia do Direito Penitenciário, há estritos vínculos com outras disciplinas, principalmente as que contribuíram como disciplina-fonte do novo Direito, como o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Com o Direito

Esse vínculo demarca, por um lado, a unidade pragmática entre direito penal e processual penal – pois não há pena sem processo – e, por outro, estabelece uma relação mútua de complementaridade funcional entre os ramos do ordenamento¹²⁸.

Em sentido análogo, Anabela Miranda RODRIGUES estabelece uma relação de interdependência funcional entre direito material, direito processual e direito de execução penal, afirmando que “o direito penitenciário é o lógico prolongamento do direito penal material e do direito processual penal”¹²⁹, defendendo uma autonomia integradora entre as disciplinas:

“No ponto de vista que perfilhamos, é inteiramente correcto falar de uma ‘autonomia integradora’ que faz ressaltar a ‘unidade’ em que converge o direito penitenciário, enquanto instrumento de política criminal, com o direito penal e o direito processual penal.”¹³⁰

Em síntese, muito embora direito penal, processual penal e de execução penal funcionem como uma unidade, são autônomos¹³¹. A autonomia é destacada pela existência de binômios axiológicos distintos que delimitam os objetos de estudo do direito material e instrumental:

"Das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas *categorias axiológicas* que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no *espaço social*, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica 'lícito-ilícito'; a de direito adjectivo, referida a actos no *espaço processual* ('actos processuais'), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica 'admissível-inadmissível' ou 'eficaz-ineficaz'

Penal, as relações mais íntimas são com a parte do Direito Penal que dispõe sobre a pena e a medida de segurança. Com o processo penal, a relação maior seria a jurisdicionalização de execução.”

¹²⁸ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 28: "(...) a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma relação mútua de complementaridade funcional que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade."

¹²⁹ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 22.

¹³⁰ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 23.

¹³¹ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 33: "(...) uma tal instrumentalidade funcional não pode pôr em causa a *autonomia teleológica*, perante o direito substantivo, que ao processo advém por lhe corresponder um interesse material específico: o da realização concreta da própria ordem jurídica."

Tudo isto permite concluir que se não está, no direito penal e no direito processual penal, perante modos diversos de perspectivar o mesmo objeto, mas perante regulamentações jurídicas autónomas, justificadas pela *diversidade de objectos* a que se dirigem."¹³²

Ao identificar valores distintos que, axiologicamente, orientam o estudo do direito material e instrumental – ainda que nem sempre a distinção seja clara¹³³ –, Figueiredo DIAS vai ao ponto central no que diz com o direito de execução penal, ao tratar da natureza jurídica de seus princípios e regras:

“Quanto à concreta *execução* da consequência jurídica decretada no processo penal, tem-se dito que a sua índole é inteiramente administrativa, pelo que o direito que a regula – e a que por vezes se chama ‘direito penitenciário’, mas cuja designação exacta será de *direito de execução das penas* (ou das *reações criminais*) –, (...) não poderia nunca pertencer ao direito processual penal: este terminaria com o trânsito em julgado da sentença. Esta concepção peca, ao que nos parece, por demasiado estrita. Como por demasiado ampla pecará uma concepção que integre no direito processual penal *todo* o direito de execução das penas; não tanto por se tratar aqui de matéria não integralmente jurisdicionalizada, como porque a sua regulamentação revela, em larga medida, características jurídico-substantivas.”¹³⁴

Nesse sentido, o direito de execução penal possui dupla natureza, sendo composto por um sistema normativo integrado simultaneamente por princípios e regras de carácter material e instrumental¹³⁵.

Ainda que a distinção entre os aspectos material e processual da execução penal nem sempre seja cristalina, aquele diz essencialmente com os direitos e

¹³² DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 33-34.

¹³³ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 34-36: “É no entanto indiscutível que a nítida distinção traçada entre direito penal e direito processual penal perde muitas vezes a sua clareza (...). Não parece, porém, que qualquer critério definitório fixo e apto à subsunção logre resolver todos os problemas concretos que aqui podem suscitar-se. A diferença fundamental entre matéria penal substantiva e processual é (...) determinada pelos diferentes círculos (espaços) da vida sobre os quais actuam as normas respectivas. Para além disto, a solução terá de procurar-se e encontrar-se ao nível de cada problema concreto (...).”

¹³⁴ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 36-37.

¹³⁵ CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 25; RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 24; RODRIGUES, A. M. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 2000, p. 25-26; CESANO, José Daniel. **Derecho Penitenciario: aproximación a sus fundamentos**. Córdoba: Alveroni Ediciones, p. 19-21.

deveres do condenado quando da realização concreta da pena e este se refere ao controle de legalidade da execução penal, resguardando os direitos individuais não afetados pela condenação¹³⁶.

1.2.1. A Necessária Construção (e Efetivação) de uma Dogmática Execucional Material

A existência de princípios e regras de caráter material que governam a execução penal permite concluir que o sistema penal de garantias deve orientar a interpretação e aplicação das leis execucionais materiais.

Essa conclusão, em que pese parecer evidente, não encontra plena ressonância na prática da execução penal, em que garantias materiais basilares funcionam como ornamentos formais ou, nas palavras de Rosa Maria Cardoso da CUNHA, possuem caráter meramente retórico¹³⁷. Os exemplos que comprovam o vácuo de garantias materiais em sede execucional são infindáveis, não havendo pretensão de esgotá-los. Ainda assim, algumas reflexões confirmam o que se diz.

Na dogmática da execução penal, uma das principais matérias que deve comportar interpretação e aplicação segundo a lógica material consiste no poder disciplinar¹³⁸, que segundo a regra do art. 44, *caput*, da LEP, orienta-se à garantia da disciplina, obediência e ordem, que foram eleitos como “*bens jurídicos penitenciários*” pelo legislador ordinário¹³⁹.

¹³⁶ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 37-38; CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 25; RODRIGUES, A. M. **A posição** ... op. cit., p. 60-66; DOTTE, R. A. **As Novas Dimensões na Execução das Penas**. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo). Curitiba, 1975, p. 52.

¹³⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

¹³⁸ Em sentido diverso, entendendo que o poder disciplinar sequer se submete ao princípio da legalidade: BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do Poder Disciplinar na Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 15: “Observa-se que, ao contrário do que acontece no direito penal, não vige, para fins disciplinares, o princípio da legalidade, da especificação do ato punível. Não se atende, no direito disciplinar, ao princípio fundamental da ordem punitiva: *nullum crimen sine lege*.”

¹³⁹ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 185-186.

Observa-se, de plano, uma enorme dificuldade em harmonizar esses valores vinculados à disciplina com os ideais de contenção do arbítrio estatal, que deveriam orientar regras limitativas de liberdades públicas. Afinal, bem pondera Nicolò AMATO, que a disciplina representa

“(…) essa indefinida, expansiva e penetrante discricionariedade do *staff* penitenciário, o conjunto de regras que dele emana e atua para obter os fins de ordem que se atribui à instituição [penitenciária], ou seja, para o seu ‘bom funcionamento’ e sua ‘eficiência’.”¹⁴⁰

Logo, é um engodo admitir que significantes como “disciplina” possam funcionar como mecanismos de tutela de direitos individuais dos cidadãos encarcerados, mormente quando a ideologia por detrás do poder disciplinar é eminentemente expansiva em relação à repressão¹⁴¹.

A tese de AMATO se confirma no ordenamento brasileiro. No plano formal, os bens jurídicos tutelados pelo art. 44, da LEP, revelam a nítida utilização do poder disciplinar com fins precípuos de defesa social, na medida em que os valores principais objeto de proteção se referem à dinâmica e ao funcionamento do estabelecimento penitenciário e não ao indivíduo preso¹⁴².

Em outras palavras, o exercício concreto do poder disciplinar não é voltado à proteção primordial do indivíduo, mas segue a ideologia da garantia da estabilidade do sistema execucional, em moldes análogos ao funcionalismo sistêmico defendido na dogmática penal de Gunther JAKOBS¹⁴³.

¹⁴⁰ AMATO, Nicolò. **Diritto, Delitto, Carcere**. Milan: Giuffrè, 1987, p. 244. [Trad. de: “(…) questa indefinita, espansiva e pervasiva discrezionalità dello staff, l’insieme delle regole che esso emana ed attua per il conseguimento dei fini di ordine che assegna alla istituzione, ossia per il ‘buon funzionamento’, l’‘efficienza’, di essa.”]

¹⁴¹ AMATO, N. **Diritto** ... op. cit., p. 246.

¹⁴² ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 199-200. Também nesse contexto Andrei Zenkner SCHMIDT defende que “Toda disciplina carcerária deve restar legitimada em atenção à garantia de que uma infração disciplinar só possa ser considerada válida nos casos em que uma conduta exterior (mas não qualquer conduta exterior) ofenda garantias fundamentais de outros cidadãos.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217).

¹⁴³ JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. Em apertada síntese, o funcionalismo sistêmico parte do pressuposto segundo o qual a sociedade é um fim em si, é um sistema que independe dos indivíduos, que são apenas elementos

Portanto, caso se admita a premissa de que devem existir bens jurídicos a serem protegidos na execução penal, disso decorre a necessidade do desenvolvimento de uma teoria dos bens jurídicos penitenciários, que busque legitimar valores constitucionalmente legítimos e vinculados à tutela da situação de vulnerabilidade daquele que se encontra com a sua liberdade suprimida pelo Estado.

Ademais, a proteção concreta dos bens jurídicos tutelados através do poder disciplinar remete, em diversos momentos, aos regulamentos penitenciários e à autoridade administrativa penitenciária – v.g. arts. 47 e 48, da LEP –, criando espaços nos quais as limitações da liberdade individual do preso são deliberadas eminentemente em sede administrativa, favorecendo o surgimento de espaços de “não direito”, de negação da legalidade em matéria de poder disciplinar¹⁴⁴.

Estas são algumas objeções que indicam a necessidade do desenvolvimento dogmático de uma teoria do bem jurídico na execução penal. E para além desse importante aspecto, também é possível problematizar a própria disciplina legal do poder disciplinar, positivada na LEP na forma de cominação legal e aplicação de sanções às faltas disciplinares.

Sabendo-se que a prática de falta disciplinar pode ter por consequência a restrição do *status libertatis* do cidadão encarcerado, é consectário lógico que as sanções disciplinares possuem natureza material, o que permite pensar em uma

acidentais que a compõem. A partir dessa ideia matriz, JAKOBS atribui ao direito penal não uma função de proteção de bens jurídicos individuais, mas sim a função de proteção de expectativas normativas ou de manutenção da ordem social. Ou seja, o direito – e não apenas o penal – serviria à tutela de entes, não de pessoas. Um breve resumo da concepção funcionalista de JAKOBS, acompanhado de críticas, pode ser conferido em: BOZZA, Fabio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 131-140. Em estudo voltado à análise das relações de trabalho, Aldacy Rachid COUTINHO também demonstra que o poder disciplinar não tem por escopo a tutela de direitos individuais, mas apenas e tão somente a manutenção de relações de subordinação: “O poder disciplinar é apresentado como uma decorrência da estruturação hierárquica, a supremacia como decorrência lógica da forma de organização e a disciplina como inevitável para a manutenção e sobrevivência da comunidade institucional.” (COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 79.)

¹⁴⁴ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria** ... op. cit., p. 228-229.

dogmática penal das faltas e sanções disciplinares, axiologicamente vinculada à contenção do poder disciplinar¹⁴⁵.

Nesse contexto, deve-se desde logo delimitar os sujeitos destinatários dos regramentos disciplinares, segundo o art. 44, parágrafo único, da LEP. Em conformidade com o princípio da legalidade, a interpretação dessa regra conduz à conclusão de que somente presos definitivos e cautelares são destinatários e se submetem a sistemática das faltas e sanções disciplinares, pois os indivíduos submetidos à medida de segurança não são referidos expressamente na regra¹⁴⁶.

Definidos os sujeitos do poder disciplinar, pode-se então analisar a sistemática legal das faltas e das sanções disciplinares. A regra do art. 49, *caput*, da LEP, dispõe que “*as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.*”

Pensadas as faltas disciplinares segundo a lógica do direito material, a segunda parte do dispositivo em análise demanda interpretação conforme a CR/88, pois em matéria penal, restrições a direitos fundamentais decorrem exclusivamente de lei federal, não se podendo admitir que legislação local institua faltas e fixe sanções disciplinares limitativas de direitos fundamentais dos presos¹⁴⁷.

Uma possibilidade hermenêutica para salvar o conteúdo da regra consiste em interpretá-la conjuntamente com os arts. 53 e 57, parágrafo único, da LEP, concluindo-se que as sanções disciplinares que implicam restrição do *status libertatis* do cidadão encarcerado podem ser cominadas exclusivamente às faltas

¹⁴⁵ CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 229.

¹⁴⁶ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit. p. 184-185.

¹⁴⁷ SCHMIDT, A. Z. **Direitos** ... op. cit., p. 250-252. Em posição mais radical, defendendo que apenas as regras de caráter organizativo devem constar dos regulamentos penitenciários, cf.: CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 120.

graves e, portanto, somente estas seguiriam lógica análoga a das regras penais incriminadoras¹⁴⁸.

Assim restaria preservada em lei federal a fixação das faltas graves – positivadas no rol taxativo dos arts. 50 e 51, da LEP –, vinculando-se apenas a elas as sanções disciplinares do art. 53, III a V, da LEP (suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela ou em local adequado e inclusão no regime disciplinar diferenciado). Por outro lado, as sanções de advertência verbal e repreensão, previstas no art. 53, I e II, da LEP, seriam cabíveis às faltas leves e médias, segundo previsão em lei local.

Em que pese a construção guardar conformidade ao texto constitucional, não é incomum que legislação local fixe sanções restritivas da liberdade à faltas médias e leves ou, o que é ainda pior, que no âmbito estadual seja ampliado o rol de faltas graves, em violação ao art. 49, da LEP¹⁴⁹.

Outro déficit de garantias materiais do sistema disciplinar decorre do art. 52, *caput*, da LEP, que viola o princípio *ne bis in idem* (art. 8.4, da CADH) ao dispor que na prática de falta grave tipificada igualmente como crime, o preso será sancionado disciplinarmente, sem prejuízo da eventual aplicação da pena¹⁵⁰.

A previsão legal ignora o fato de que não há diferença ontológica entre a falta grave tipificada como crime e o próprio crime¹⁵¹, sem descurar que – muito

¹⁴⁸ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 198; SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., p. 248.

¹⁴⁹ SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., p. 250 e ss.

¹⁵⁰ A regra do art. 52, *caput*, da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/03, estatuiu o regime disciplinar diferenciado (RDD) como forma de sanção disciplinar. Os limites desse texto não permitem aprofundar as críticas ao instituto. Há, na doutrina, diversas posições sustentando a inconstitucionalidade do RDD sob diversos prismas, como por exemplo, violação da dignidade da pessoa humana, individualização da pena, legalidade penal, jurisdicionalização da execução etc. Pode-se conferir, a respeito do tema: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. In: CARVALHO, S. **Crítica** ... op. cit., p. 283-292; BUSATO, P. C. Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo. In: CARVALHO, S. **Crítica** ... op. cit., p. 293-303. Ainda assim, a constitucionalidade do RDD foi reconhecida pelo STJ (HC 44.049, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Rel. p/ Ac. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2007), que inclusive afirmou que a lei que instituiu o RDD “atendeu ao princípio da proporcionalidade.” (HC 40.300, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.8.2005).

¹⁵¹ CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 240 e 242. Com base na *Sentencia 77/1983*, do Tribunal Constitucional Espanhol, conclui-se que a independência do poder administrativo sancionador em âmbito penitenciário está limitada por dois condicionantes intransponíveis, quais sejam, a impossibilidade de

embora não se desconheça a possibilidade de um mesmo fato poder constituir ilícito em esferas jurídicas distintas –, nessa hipótese específica, tanto a sanção disciplinar como a pena implicam idêntica consequência jurídica, qual seja, a restrição da liberdade individual de ir e vir, o que afastaria o fundamento da autonomia entre esferas administrativa e penal¹⁵².

Por essa razão, considerando-se uma aplicação ampla da garantia da vedação da dupla punição aos domínios da execução penal, nas hipóteses em que um fato pudesse ser subsumido simultaneamente a falta grave e a crime, o exercício do poder disciplinar deveria restar inibido¹⁵³.

Também em matéria de tipificação de faltas disciplinares, a LEP merece atenção e crítica. A indeterminação, extrema elasticidade, imprecisão semântica e porosidade do conteúdo das faltas graves viola frontalmente o princípio da legalidade penal, tanto sob o prisma da certeza como sob o da taxatividade¹⁵⁴.

A regra do art. 50, I, da LEP, considera falta grave a conduta do preso que “subverter a ordem ou a disciplina”. A indeterminação do conteúdo proibitivo, face à anemia dos significantes “ordem” e “disciplina”, impede o conhecimento prévio daquilo que se pretende evitar, em clara afronta à legalidade penal, sob a ótica da certeza¹⁵⁵.

Outro aspecto das garantias materiais deixado de lado pela sistemática positiva das sanções disciplinares diz com o princípio da proporcionalidade, que

sanção administrativa por fatos considerados inexistentes em processo penal e a subsidiariedade da atuação administrativa sancionadora à atuação jurisdicional.

¹⁵² CARVALHO, S. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: _____. **Crítica** ... op. cit., p. 14.

¹⁵³ CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 246.

¹⁵⁴ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria** ... op. cit., p. 231-234; SCHMIDT, A. Z. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, S. **Crítica** ... op. cit., p. 41-49. SCHMIDT promove severa crítica a caso no qual se considerou falta grave a conduta de presos que, em protesto contra o indeferimento de pedido de remoção, fizeram greve de fome, pois “numa greve de fome ou num isolamento celular voluntário, o único lesado possível é o próprio condenado. Se, durante o período em que se colocar voluntariamente nessas situações, não vier ele a causas qualquer ofensa concreta a terceiros, não se pode afirmar que tal conduta seja, por si só, falta grave.”

¹⁵⁵ SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., p. 255 e 262; ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 193-194.

é inobservado na regra do art. 49, parágrafo único, da LEP, que equipara, para efeitos de sanção, a falta consumada e a tentada¹⁵⁶.

Igualmente, no âmbito da sucessão de leis no tempo, evidencia-se oscilação doutrinária e jurisprudencial no campo da execução penal. O caráter material de determinadas regras executacionais deveria conduzir a uma aplicação tranquila e irrestrita do art. 5º, XL, da CR/88, mas nem sempre isso ocorre¹⁵⁷.

A questão pode ser exemplificada pelo instituto da remição, que foi incluído no ordenamento executacional quando da entrada em vigência da LEP¹⁵⁸, e prevê que parcela da pena será abreviada pelo trabalho do apenado (art. 126 e ss., da LEP). Em que pese parcela da doutrina compreender que o novo instituto não seria aplicável a situações anteriores à vigência da LEP, prevaleceu o entendimento de que a remição da pena pelos dias trabalhados aplicava-se retroativamente, dado configurar situação mais benéfica ao apenado¹⁵⁹.

Os exemplos acima abordados demonstram que há diversos espaços, no âmbito da execução penal, carentes de conformação segundo uma dogmática penitenciária de natureza material. A crítica não representa, porém, um abandono completo das garantias materiais em sede executacional.

É o caso do art. 45, *caput*, da LEP, que incorpora o princípio da legalidade e da anterioridade às faltas disciplinares ao dispor que "*não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar*". Também se pode inferir que o sistema executacional pátrio contempla o princípio

¹⁵⁶ SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., p. 262; ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 193-195.

¹⁵⁷ SCHMIDT, A. Z. A Crise ... op. cit., p. 40-41. Em sentido diverso, na jurisprudência: "O princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e a pena não se estende às normas de processo e de execução, em relação às quais vigora a regra da anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso." (STJ – HC 2.086, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 8.11.93)

¹⁵⁸ Muito embora a Lei de Execuções Penais tenha entrado em vigência em 1984 – portanto, antes da promulgação da CR/88 – todas as considerações formuladas a respeito da retro ou irretroatividade da lei penal (conforme seu caráter mais benéfico ou mais prejudicial ao cidadão) não perdem sua razão de ser, notadamente porque o art. 153, § 16, da EC 1/69 continha previsão análoga ao contido no art. 5º, XL, da CR/88.

¹⁵⁹ DOTTI, R. A. **Reforma** ... op. cit., p. 421-422. Faz-se referência a precedentes reconhecendo o caráter penal da remição, em que pese a posição no sentido de que o instituto "(...) não pode ter aplicação retroativa, posto constituir um mecanismo introduzido no processo de execução da pena de prisão. Não é uma norma penal."

da culpabilidade, ao vedar a aplicação de sanções disciplinares de caráter coletivo (art. 45, § 3º, da LEP).

E em que pese inexistir em nosso ordenamento uma vera e própria teoria da pena disciplinar, há previsões esparsas nas legislações locais que buscam internalizar critérios materiais de limitação do poder disciplinar sancionador na execução penal. Assim, os arts. 71 e 72, do Regulamento do Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro (Dec. 8.897/86) preveem a suspensão condicional da pena disciplinar, com extinção da punibilidade pela falta se, durante o período de prova, o condenado não praticar nova falta disciplinar. Também a regra do art. 143, § 2º, do Regimento Penitenciário de Minas Gerais (Lei Estadual 11.404/09), segundo o qual “*a execução da sanção disciplinar está sujeita a sursis e a remissão*”.

Na jurisprudência também são reconhecidos postulados materiais à sistemática das faltas e sanções disciplinares, podendo-se referir, dentre outros: **a)** aplicação do princípio da intranscendência, vedando-se a imposição da falta grave ao condenado por fato de terceiro¹⁶⁰; **b)** reconhecimento do prazo prescricional de três anos para a aplicação de sanção disciplinar decorrente de falta grave, aplicando-se por analogia a regra do art. 109, VI, do CP em sede executiva¹⁶¹; **c)** reconhecimento da ilegalidade de sanção disciplinar de caráter coletivo¹⁶² e; **d)** reconhecimento do caráter penal mais benéfico com consequente aplicação retroativa da Lei 12.433/11, que limitou em 1/3 a perda dos dias remidos, na prática de falta grave¹⁶³.

Ainda assim, em um contexto de incerteza jurídica, oscilações e múltiplas violações a princípios materiais de garantia no âmbito da execução penal, necessário é o desenvolvimento dogmático de uma teoria da pena disciplinar e de

¹⁶⁰ STJ - HC 361.984, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26.8.2016; STJ - HC 340.501, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 24.6.2016.

¹⁶¹ STJ - HC 280.939, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 21.9.2016.

¹⁶² STJ - HC 292.869, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29.10.2014.

¹⁶³ STJ - HC 207.500, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. TJ/PE), DJe 9.5.2013.

uma correspondente teoria do tipo disciplinar, em conformidade com a principiologia penal que deveria reger a matéria¹⁶⁴.

No âmbito de uma teoria da pena disciplinar, Rodrigo Duque Estrada ROIG defende, dentre outros aspectos: **a)** a punição da falta disciplinar tentada na forma do art. 14, do CP ou a consideração da falta disciplinar grave tentada como falta média; **b)** a criação de substitutivos às sanções disciplinares, segundo o princípio da intervenção mínima e por analogia em relação ao art. 44, do CP; **c)** a inserção de preceitos inerentes à mediação, conciliação e justiça restaurativa; **d)** aplicação, por analogia, de institutos da Lei 9.099/95, podendo-se falar em suspensão condicional da execução da sanção disciplinar e na suspensão condicional do processo administrativo disciplinar; **e)** revisão disciplinar, por analogia ao disposto no art. 621 e ss., do CPP; **f)** reabilitação disciplinar, por analogia ao art. 93 e ss., do CP; **g)** incidência das causas extintivas de punibilidade disciplinar, na forma do art. 107, do CP; **h)** incidência de circunstâncias atenuantes da sanção disciplinar, em analogia aos arts. 65 e 66, do CP; **i)** superação da tese segundo a qual as sanções disciplinares devem ser cumpridas progressivamente – ou simultaneamente, quando faticamente possível –, para a admissão do concurso formal de faltas, na forma dos arts. 70 e 71, do CP e; **j)** aplicação do princípio da consunção, quando cabível, permitindo-se a absorção da falta de menor gravidade pela de maior gravidade¹⁶⁵.

No campo da teoria do tipo disciplinar, propõe-se: **a)** a insuficiência da proteção da ordem e da disciplina como fundamentos legítimos à punição de incidentes carcerários; **b)** o fortalecimento da visão de que o Poder Executivo funciona como instrumento precípua de limitação da punição disciplinar; **c)** no que diz com o tipo disciplinar subjetivo, o reconhecimento de que a eventual punição por falta disciplinar somente pode se dar a título doloso; **d)** no que diz com o tipo disciplinar objetivo, a insuficiência da punição disciplinar sem a demonstração da conflitividade penitenciária e; **e)** ainda no contexto do tipo

¹⁶⁴ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 190-202.

¹⁶⁵ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 193-198.

disciplinar objetivo, a necessidade de demonstração da lesividade da conduta para a punição a título de falta disciplinar¹⁶⁶.

Em conclusão – e para além das críticas –, importa reconhecer o déficite de garantias materiais aos cidadãos condenados, seja pela insuficiência das previsões existentes ou pela falta de vontade – quiçá política¹⁶⁷ – de conferir efetividade às garantias materiais dos cidadãos condenados.

1.2.2. Dogmática Execucional Processual: Inefetividade e Espaços de “Não Processo”

A partir do momento em que o dever de punir ganha vida em um processo executivo, consectário lógico que a execução penal comporte princípios e regras de caráter instrumental¹⁶⁸. Assim, igualmente necessário o desenvolvimento daquilo que se poderia denominar de dogmática processual penal da execução penal.

Mais uma vez, o campo inerente ao poder disciplinar é profícuo à crítica. É que se o exercício do poder disciplinar possibilita a restrição da liberdade individual, é consectário constitucional (art. 5º, LIV, da CR/88) a necessidade de um devido processo legal para o reconhecimento de falta e consequente aplicação de sanção disciplinar.

O processo para o julgamento das faltas deve possuir caráter jurisdicional, seja por aplicação do princípio da inafastabilidade aos domínios execucionais (art. 5º, XXXV, da CR/88), seja porque a própria legislação infraconstitucional explicita o caráter jurisdicional do processo de execução penal (v.g. arts. 2º, 65 e 194, da LEP).

¹⁶⁶ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 199-202.

¹⁶⁷ DOTTE, R. A. **As novas** ... op. cit., p. 50: “Há muito tempo que **o assunto da execução da pena privativa de liberdade tem sido considerado um problema, antes de tudo, político.**” – g.n. –

¹⁶⁸ O caráter instrumental do processo executivo penal vem ressaltado em: DOTTE, R. A. **Pena** ... op. cit., p. 69-70.

Nesse contexto, é necessário conferir interpretação conforme aos arts. 47 e 48, da LEP, segundo os quais o poder disciplinar na execução das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos será exercido pela autoridade administrativa. A partir da jurisdicionalização da execução penal, o poder disciplinar da autoridade administrativa somente pode ser compreendido como o de fiscalizar o cumprimento das regras disciplinares, instaurar sindicância para apurar falta e executar punições disciplinares, mas em nenhuma hipótese como poder de julgamento¹⁶⁹.

Contudo, a posição jurisprudencial majoritária ainda segue a compreensão de que o julgamento de faltas disciplinares ocorre no âmbito de um processo administrativo sancionador, que comprovadamente possui um âmbito menor de garantias em face de um processo de natureza jurisdicional. Tanto isso é verdade que em precedente recente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilegalidade da cominação de falta grave em processo administrativo no qual o cidadão condenado sequer teve garantida a presença de defensor:

“PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. SÚMULA VINCULANTE N. 5. NULIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O procedimento administrativo disciplinar, instaurado para a apuração do cometimento de falta grave, por tratar da liberdade de ir e vir do réu condenado, deve, necessariamente, observar o contraditório e a ampla defesa, tornando imprescindível a presença de advogado constituído ou de defensor público nomeado, em razão das regras específicas contidas na Lei de Execuções Penais. 2. A Súmula Vinculante n. 5 aplica-se tão somente aos processos administrativos de natureza cível, sendo incorreta a sua observância em procedimentos administrativos de natureza penal. (...)” – g.n. – (STJ – HC 157.183, Rel. Min. Nélfi Cordeiro, DJe 16.11.2015)

¹⁶⁹ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 190.

Mas há situações ainda mais absurdas, em que inclusão de preso em regime disciplinar diferenciado – indubitavelmente, a falta disciplinar com as consequências mais gravosas no plano da liberdade individual – ocorreu à margem de qualquer procedimento administrativo ou judicial, criando-se espaços de não processo no âmbito da execução penal:

“AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRANSFERÊNCIA DO APENADO A REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – FALTA DE JUSTA CAUSA – INOCORRÊNCIA – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – PRESCINDÍVEL – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CARACTERIZADO – MANUTENÇÃO DO DECISUM – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A inclusão do Apenado em RDD se deu pelo seu envolvimento em organização criminosa instalada dentro da Penitenciária Agrícola, inclusive tido como líder do movimento, fato que, por si só, demonstra indubitavelmente o alto risco à ordem e segurança do estabelecimento penal e da sociedade. 2. **Resta consolidado o posicionamento de ser prescindível a instauração prévia de procedimento administrativo em casos excepcionais. Não se trata de negar as garantias constitucionais que acompanham o Apenado, há apenas o adiamento de sua aplicação, diante da necessidade de assegurar a segurança pública no sistema penitenciário (Precedentes). 3. Recurso conhecido e desprovido.” – g.n. – (TJ/RR - AgExec 0000140008277, Rel. Des. Almiro Padilha, DJe 30.10.2015)**

Em situações desse jaez, inova-se ilegalmente ao se admitir uma espécie de “medida disciplinar cautelar”, determinada pela administração penitenciária de forma antecipada e sem qualquer procedimento formal, obstando que o cidadão encarcerado possa discutir a sua legalidade em devido processo legal.

Nesse quadro de abandono sistemático não apenas das garantias processuais – e, no limite, do próprio processo –, Rodrigo Duque Estrada ROIG

defende a necessidade de judicialização do julgamento de faltas disciplinares, em termos análogos às regras do procedimento comum ordinário do CPP¹⁷⁰.

Assim, após a fase investigativa – conduzida pela administração penitenciária –, os autos seriam remetidos à Vara de Execuções Penais, para apresentação de resposta preliminar e juízo de admissibilidade (arts. 395 e 396, do CPP). Não havendo absolvição sumária (art. 397, do CPP), designa-se audiência para ampla produção de provas (art. 399, do CPP) e, inexistindo diligências complementares (ou sendo indeferidas), segue-se com alegações finais e sentença disciplinar (arts. 400 a 403, do CPP)¹⁷¹.

Outro aspecto de extrema relevância na dogmática das leis executórias de caráter instrumental diz com a sua aplicação temporal. Não havendo critério específico na LEP que verse sobre a sucessão de leis executórias instrumentais no tempo, aplica-se subsidiariamente o princípio da imediatidade (*tempus regit actum*), segundo o qual a lei processual se aplica imediatamente, sem prejuízo da validade dos atos processuais praticados na vigência da lei anterior (art. 2º, do CPP).

A aplicação da imediatidade em relação às leis processuais – tanto no processo de conhecimento como no de execução – deve, porém, ser problematizada. É que se não pode mais aceitar sem ressalvas a concepção segundo a qual as leis de natureza processual ostentam caráter puramente formal. Em outras palavras, é necessário reconhecer que, em largos espaços, as leis processuais penais também possuem um caráter material, afetando diretamente a esfera de liberdade individual:

“Quanto à sucessão de leis do processo penal, da organização judicial e da execução das penas, as referidas doutrina e jurisprudência, partindo de uma errada e precipitadamente redutora concepção destas normas como de

¹⁷⁰ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 193: “(...) a adoção de um procedimento judicial e definido para o julgamento das faltas disciplinares constituiria significativo instrumento formal de contenção do poder punitivo estatal, em sede de execução da pena.”

¹⁷¹ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 192-193.

natureza exclusivamente processual, organizatória, técnica ou formal, defenderam o princípio de sua aplicação imediata – *tempus regit actum*.

O pensamento jurídico-penal tradicional esqueceu-se de que, tal como no chamado direito penal material, **também o direito processual penal, no direito de organização judiciária e no direito de execução das penas** (sobretudo da pena de prisão: direito penitenciário), **há normas que podem afectar os direitos individuais fundamentais.**”¹⁷² – g.n. –

Sendo assim, é necessário promover uma diferenciação de conteúdo no que tange às leis processuais penais, distinguindo-se aquelas que possuem natureza exclusivamente processual das que possuem natureza material¹⁷³. Evita-se assim o vício metodológico de aplicar, a toda e qualquer lei processual – independentemente de seu conteúdo – o princípio da imediatidade:

“(…) menosprezavam-se as *rationes* jurídico-política e político-criminal da aplicação da lei penal mais favorável e descurava-se a distinção entre *normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais*. ‘Esquecia-se’ que as primeiras (...) condicionam a efectivação da responsabilidade penal ou contendem directamente com os direitos do arguido ou do recluso, enquanto que as segundas (...), regulamentando o desenvolvimento do processo, não produzem os efeitos jurídico-materiais derivados das primeiras. (...)

O *vício metodológico* consiste em partir de argumentos superficiais, formais e, portanto, inconsistentes (como, p. e., a localização sistemática, o facto de condicionar o procedimento) para decidir a natureza jurídica (material ou processual) das normas penais em causa e, no momento seguinte, deduzir formalmente da qualificação (natureza) jurídica as soluções para os problemas concretos: se a lei (norma) nova é de natureza material, rege o princípio da aplicação da lei favorável (proibição da retroactividade, se é

¹⁷² TAIPA DE CARVALHO, Américo A. **Sucessão de Leis Penais**. 2ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 259-260. No mesmo sentido: SCHMIDT, A. Z. A crise ... op. cit., p. 37 “(...) não só as normas materiais, senão também grande parte das normas processuais e de execução lesam os direitos de liberdade do processado e do apenado, e, nesse caso, deve-se garanti-los contra a possibilidade do arbítrio estatal.” E de forma ainda mais incisiva, cf.: MARSICH, P. **L’esecuzione** ... op. cit., p. 20-21.

¹⁷³ TAIPA DE CARVALHO, A. A. **Sucessão** ... op. cit., p. 261.

desfavorável; retroactividade, se é favorável); se tem natureza processual, aplica-se imediatamente.”¹⁷⁴

Dessa forma, leis processuais de conteúdo material devem ser aplicadas segundo os critérios de retro ou irretroatividade (art. 5º, XL, da CR/88), remanescendo a aplicação do princípio da imediatidade (art. 2º, do CPP) para as leis processuais formais ou procedimentais¹⁷⁵.

Situação relativamente recente que ilustra a necessidade de problematização do princípio da imediatidade, conforme a natureza formal ou material da regra processual execucional, diz com as alterações legislativas produzidas na LEP pela Lei 12.433/11.

Antes da vigência da referida lei, a regra do art. 127, da LEP, dispunha que *“o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.”* Com as alterações promovidas, a regra passou a contar com a seguinte redação: *“em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.”*

Análise das alterações promovidas evidencia que a nova redação do art. 127, da LEP, amplia o direito de liberdade individual, ao dispor que a prática de falta grave poderá ensejar perda de, no máximo, 1/3 (um terço) dos dias remidos, enquanto que a redação anterior estabelecia a obrigatoriedade da perda integral dos dias remidos na hipótese de falta grave.

Em que pesem os debates a respeito da inconstitucionalidade e ilegalidade da perda dos dias remidos pela prática de falta grave – inconstitucionalidade por

¹⁷⁴ TAIPA DE CARVALHO, A. A. **Sucessão** ... op. cit., p. 263-264; SCHMIDT, A. Z. Hermenêutica na Execução Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 38, a. 9. abril-junho 2002, p. 92.

¹⁷⁵ TAIPA DE CARVALHO, A. A. **Sucessão** ... op. cit., p. 269-273; SCHMIDT, A. Z. A crise ... op. cit., p. 40: **“A execução penal encontra-se regulada por normas de direito material (p. ex., as penas de reclusão e detenção), de direito processual material (p. ex., as condições impostas à progressão de regime) e de direito processual formal (p. ex., a expedição de guia de recolhimento como condição necessária ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade).”**

violação ao direito adquirido e ilegalidade por afronta ao texto do art. 126, II da LEP –, fato é que em âmbito jurisprudencial a constitucionalidade da regra é amplamente reconhecida¹⁷⁶.

Assim, a discussão a respeito da natureza jurídica da alteração legislativa na regra do art. 127, da LEP assume especial relevância, devendo-se identificar o conteúdo das alterações promovidas no texto legal. E na hipótese, duas foram as alterações promovidas.

Em primeiro lugar, a perda de dias remidos pela prática de falta grave passou a ser uma faculdade e não uma obrigatoriedade. Com efeito, a nova redação do art. 127, da LEP é expressa ao dispor que o juiz “*poderá revogar*”, enquanto a redação antiga dispunha que o condenado “*perderá*” os dias remidos pela prática de falta grave. A segunda alteração diz com a extensão da perda dos dias remidos, pois a regra antiga previa a perda total enquanto a nova redação prevê perda parcial, que será de no máximo – podendo ser menor – 1/3 dos dias remidos.

A primeira modificação é de conteúdo instrumental. Com efeito, tornar a perda dos dias remidos uma faculdade e não uma obrigatoriedade implica modificar a forma do provimento jurisdicional. Contudo, a segunda alteração ocorrida – na quantidade de dias remidos a serem perdidos face à prática de falta grave – possui nítido caráter material, pois influi direta e especificamente na liberdade individual do cidadão condenado.

Portanto, é indubitável que ao menos um dos aspectos da regra nova é de caráter material e, mais do que isso, trata-se de regra mais benéfica em comparação com a regra anterior. Dessa forma, ainda que se pudesse cogitar a

¹⁷⁶ SCHMIDT, A. Z. A crise ... op. cit., p. 65-66. Defende-se a tese de que a decisão que reconhece a remição é de natureza declaratória e não constitutiva, de modo que a cada três dias haveria o direito adquirido à remição, que não poderia ser suprimido pelo Poder Judiciário. Contudo, a posição unânime dos Tribunais Superiores é no sentido de que a perda – total ou parcial – dos dias remidos pela prática de falta grave é constitucional, inexistindo violação ao direito adquirido, dado que o trabalho gera apenas expectativa à remição. Nesse sentido, cf.: **STF – HC 94.366**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 11.9.2009; **STF – RHC 85.442**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 25.9.2009; **STJ – REsp 469.138**, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24.3.2003, dentre muitos outros.

natureza instrumental da regra nova, certo é que se cuidaria de lei processual material¹⁷⁷, com a sua consequente aplicação retroativa¹⁷⁸. Contudo, essa conclusão está longe de ser tranquila na jurisprudência:

“Agravado em execução. Remição. Falta grave cometida. Pretendida reforma de decisão que indefere pleito de remição, por **alegada retroatividade da Lei nº 12.433/2011. Norma de caráter processual. Aplicabilidade do princípio "tempus regit actum", e não o da retroatividade da lei penal mais benéfica. Decisão acertada.** Agravado improvido.” – g.n. – (TJ/SP - EP 426903020128260000, Rel. Des. Luis Soares de Mello, Publ. 3.8.2012)

Os exemplos explorados – que não tiveram pretensão de esgotar a temática – revelam a necessidade urgente de pensar e desenvolver de forma comprometida uma dogmática processual da execução penal, que na atual (as)sistemática limita em larga medida as liberdades públicas do cidadão apenado, muitas das vezes em zonas completamente alheias ao ambiente publicístico do processo.

¹⁷⁷ Poder-se-ia cogitar, na hipótese, de lei mista, com conteúdo material e processual, simultaneamente. Nesses casos, é forte a tendência jurisprudencial de tratar as leis mistas – para efeito de sucessão temporal – como se leis materiais fossem, incidindo em relação a elas os critérios de aplicação temporal positivados no art. 5º, XL, da CR/88 (v.g. **STJ – Resp 883.342**, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz. Conv. do TRF-1), DJ 29.10.2007). Há na doutrina quem defenda a tese de que, nos casos de leis mistas, deve-se cindir o conteúdo da lei, aplicando-se à parte processual o art. 2º, do CPP e à parte penal o art. 5º, XL, da CR/88 (v.g. BADARÓ, Gustavo. Direito Intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008, p. 19-49). A posição, em que pese acertada, é rechaçada pela jurisprudência majoritária, com o argumento de que a cisão do conteúdo da lei possibilitaria a aplicação parcial de preceitos de leis distintas, criando-se regra nova (“*lex tertia*”) e usurpando-se função do Poder Legislativo (v.g. **STJ – 252.249**, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJ 21.5.2014. Em sentido contrário, admitindo a cisão: **STJ – HC 282.253**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 25.4.2014). O argumento jurisprudencial de afastamento da combinação de leis penais – e, acrescentamos, de leis processuais materiais – nos casos de sucessão temporal não se sustenta, como demonstra: OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. **Introdução à Aplicação da Norma Penal no Tempo**: especial ênfase à denominada combinação de leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86-95. Ainda assim, em que pesem as proficuas discussões teóricas, ainda que o caso fosse tratado como lei mista, seria aplicável à regra nova do art. 127, da LEP, o art. 5º, XL, da CR/88, determinando-se a sua retroatividade.

¹⁷⁸ No sentido da retroatividade da Lei 12.433/11, cf.: **STF – HC 110.317**, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 16.4.2012.

1.3. Crise de Legalidade e Déficit de Jurisdicionalização na Execução Penal: a permanência de relações especiais de poder e da *hands off doctrine*

A partir das observações realizadas a respeito da autonomia e da normatividade do direito de execução penal, pretendeu-se demonstrar que a carência e/ou ineficácia de garantias materiais e processuais aos condenados deriva, em grande parte, do subdesenvolvimento de uma dogmática do direito de execução penal.

Há, nesse aspecto, um ponto de convergência que faz com que esse déficit permaneça crônico, qual seja, aquele referente ao controle de legalidade na execução. Com efeito, parece intuitivo que a efetividade de um sistema positivo e abstrato de garantias depende, em alguma medida, de mecanismos que possibilitem a proteção dos direitos positivados, caso sejam eles inobservados.

No que diz com a execução penal, essa ideia fica mais evidente quando se estabelece um vínculo entre a legalidade e a jurisdicionalização da execução. Isso porque a experiência histórica demonstra que o reconhecimento de direitos aos cidadãos apenados dependeu – e ainda depende –, em grande medida, da efetividade de sua proteção em sede jurisdicional¹⁷⁹.

Dessa forma, é possível dizer que a jurisdicionalização da execução penal e a afirmação de direitos aos cidadãos condenados caminham paralelamente, de modo que quanto mais espaços abertos à discussão jurisdicional desses direitos, maior a sua concretização¹⁸⁰. Na síntese de Aury LOPES JUNIOR:

“Em suma, o reconhecimento da existência de uma relação jurídico-processual na execução penal fortalece a posição do apenado, assegurando-lhe a eficácia de seus direitos e garantias fundamentais não atingidos pela

¹⁷⁹ RODRIGUES, A. M. **A Posição** ... op. cit., p. 25-26; CANO MATA, Antonio. Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso. **Revista de Administración Pública**. n. 76, 1975, p. 42 e 56; CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 39; CARVALHO, S. **Pena e Garantias**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 154-156; CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 124.

¹⁸⁰ CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 69: “Não basta, porém, a previsão legal. De nada vale a legalidade formal. Ela precisa se traduzir no dia-a-dia da execução. Para que isso aconteça há de haver garantias, instrumentos. A maior garantia é a jurisdicionalização da execução, isto é, o controle jurisdicional de atos da execução.”

sentença. Com isso, o apenado deixa de ser um mero *objeto* e passa a ter o *status* de parte integrante do processo e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos exigíveis do Estado.”¹⁸¹

Nesse sentido, o fortalecimento da jurisdicionalização da execução penal passa pelo reconhecimento de que o princípio da necessidade (*nulla poena sine iudicio*)¹⁸² também é extensível ao processo de execução. Pensar de forma diversa implica negar *status* processual à execução penal, atrelando-a sobremaneira aos domínios administrativos e, mais especificamente, à administração penitenciária.

Em outros termos, ao se negar natureza processual à execução penal, vincula-se o exercício concreto e efetivo do poder-dever de punir à lógica administrativista¹⁸³, na medida em que as decisões sobre proteção ou limitação de direitos dos apenados não são submetidas à tutela jurisdicional. Mais do que isso, a concepção administrativista da execução penal permite a criação de espaços alheios à valoração jurídica, com a conseqüente reificação do cidadão encarcerado.

A propósito do assunto, a teoria das relações especiais de poder (ou teoria da supremacia especial) e a *hands off doctrine* conformam, respectivamente nos países que adotam os sistemas *civil law* e *common law*, os fundamentos jurídicos que possibilitaram por muitos anos a negação absoluta de direitos aos presos e a conseqüente blindagem à tutela jurisdicional no campo da execução penal.

A teoria das relações especiais de poder (*Besonderes Gewaltverhältniss*) surge no primeiro quartel do séc. XIX, na Alemanha, atribuindo-se a Otto MAYER a difusão do conceito no âmbito do direito administrativo¹⁸⁴. Essa

¹⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, S. *Crítica* ... op. cit., p. 379.

¹⁸² DIAS, J. F. *Direito* ... op. cit., p. 24-25; LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49-52; LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 371-372; ALBUQUERQUE, F. M. Xavier. Problemas Processuais da Execução Penal. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. a. IV, n. 14 (jul./set. 1956), p. 81.

¹⁸³ CRISTIANI, Antonio. *Manuale del Nuovo Processo Penale*. Torino: G. Giappichelli, 1989, p. 491.

¹⁸⁴ ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la Teoría del Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*. 1961, n. 34, p. 13; WAGNER, Francisco Sosa. Administración Penitenciaria. *Revista de Administración*

construção se contrapõe às relações gerais de poder, que delimitam o espaço da legalidade administrativa no que diz com a limitação das liberdades individuais.

Enquanto as relações gerais entre administração e particular são marcadas pelo filtro da legalidade, nas relações especiais de poder são criados espaços de livre conformação da administração pública face ao indivíduo, espaços esses que escapam à valoração jurídica e à tutela jurisdicional¹⁸⁵.

Nas relações especiais de poder, questões que deveriam ser compreendidas a partir da legalidade são transportadas para um espaço de discricionariedade plena, em que se substitui a lei pela vontade/necessidade do administrador. Criam-se assim espaços de fissura na lógica contratualista que fundamenta a gênese do Estado Moderno, ao serem legitimadas relações juridicamente não valoradas entre indivíduo e administração: *“logo, ter-se-ia não uma relação de tipo direito/obrigação (...) mas sim de poder/ônus: de um lado o poder de sujeitar; de outro, a obrigação de obedecer.”*¹⁸⁶

As relações especiais de poder são identificadas pelos seguintes pressupostos intrínsecos: **a)** acentuada situação de dependência de indivíduo em face da administração; **b)** impossibilidade de estabelecer, *ex ante*, a extensão e o conteúdo das prestações e a intensidade das intervenções na esfera de liberdade do indivíduo; **c)** obediência a ordens não emanadas diretamente da lei; **d)** alusão a um elemento de voluntariedade na situação de submissão e; **e)** a sujeição se

Pública, n. 80, 1976, p. 100-103; RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 74-75; CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 23-24.

¹⁸⁵ ANABITARTE, A. G. Relaciones ... op. cit., p. 23: “(...) isso não tem nada a ver com o fato de que aqui se dê uma lacuna no Estado de direito, dado que essa relação de prestação se organiza juridicamente em virtude de um estatuto (ou ordenação) administrativo que por ser considerado como disposição interna da Administração é subtraído ao exame judicial.” [Trad. de: *“Esto no tiene nada que ver con el hecho de que aquí se dé una laguna en el Estado de derecho, dado que esta relación de prestación se organiza juridicamente en virtud de un estatuto (u ordenanza) administrativo que por ser considerado como disposición interna de la Administración es sustraído al examen judicial.”*]. Em sentido análogo, com base na concepção de ‘espaço livre de direito’, de Armin Kaufmann, cf.: PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. **Teoria** ... op. cit., p. 180. Ainda, em posição crítica à criação de espaços alheios à valoração jurídica no âmbito da execução penal, Ela W. V. de CASTILHO aduz que *“surpreende, pois, que o âmbito da execução da pena de prisão, onde há uma anulação total da liberdade, fosse considerado um vazio jurídico, uma esfera de irrelevância jurídica.”* (CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 24).

¹⁸⁶ PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. R. **Teoria** ... op. cit., p. 180.

explica em face de um determinado fim administrativo, justificado pela necessidade de eficiência e produtividade¹⁸⁷.

Transportada essa lógica ao âmbito da execução penal, permitiu-se o estabelecimento de uma relação vertical entre administração penitenciária e preso, “o que significava que, onde não se tratasse de matéria reservada [à lei], a administração era livre de emitir preceitos sem conteúdo jurídico, que visavam exclusivamente situações internas.”¹⁸⁸

Fala-se então que o fim da execução substituíra uma lei de execução e, como consequência, os direitos individuais dos cidadãos condenados eram atrofiados:

“Neste contexto – em que também se considerava enquadrado o recluso nas suas relações com a Administração – bem se compreende que o conteúdo e limites dos seus direitos derivasse diretamente do *fim* da execução, que ganhou, desta forma, um lugar preponderante.

De certa maneira procurava-se assim colmatar a inexistência de uma lei: o fim da execução *substituíra* uma lei de execução.”¹⁸⁹

A doutrina das relações especiais de poder – muito embora o erro metodológico de utilizar o *fim* da execução ao mesmo tempo como fundamento e limite das intervenções Estatais em face do cidadão¹⁹⁰ – prevaleceu em diversos países de tradição romano-germânica e inclusive no Brasil, até ser paulatinamente mitigada a partir de meados do séc. XX, quando se passou a reconhecer que os condenados preservam os direitos fundamentais não expressamente suprimidos por força da sentença condenatória e que esses direitos podem ser objeto de tutela mediante atuação do Poder Judiciário¹⁹¹.

¹⁸⁷ ANABITARTE, A. G. Relaciones ... op. cit., p. 25.

¹⁸⁸ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 75; RODRIGUES, A. M. **A posição** ... op. cit., p. 40.

¹⁸⁹ RODRIGUES, A. M. **A Posição** ... op. cit., p. 40-41. Em sentido análogo: DOTTI, R. A. **A Reforma** ... op. cit., p. 26-7.

¹⁹⁰ RODRIGUES, A. M. **Novo** ... op. cit., p. 76; RODRIGUES, A. M. **A posição** ... op. cit., p. 41.

¹⁹¹ No Brasil, a tutela de direitos dos presos pelo Judiciário se afirmou – e se afirma – muito lentamente. Mesmo no final do séc. XX, há poucos casos tratando do tema. Em pesquisa de precedentes dos anos de 1985, 1986 e 1987, Ela Wiecko Volkmer de CASTILHO constata “a inexistência de litígios versando

No Brasil, a assimilação de que o preso é sujeito de direitos oponíveis ao Estado orientou a Assessoria de Assuntos Penitenciários do Ministério da Justiça, no contexto de providências engendradas na década de 1970, para adequar a política penitenciária brasileira à realidade estabelecida pelas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso da ONU:

“Assim, partiu-se da imagem do condenado, conforme a Moderna Filosofia da Pena, imagem essa que é, ao mesmo tempo, princípio de Política Penitenciária, isto é: **o condenado é pessoa, sujeito de direito, de deveres e de responsabilidade (...) que deve permanecer no convívio social ou nele se reintegrar.**”¹⁹²

Mais recentemente, emblemática é a posição do STF no Recurso Extraordinário 641.320, que ao discutir a possibilidade de o condenado cumprir pena em regime menos gravoso, ante a inexistência de vagas para cumprimento no regime estabelecido na condenação, concluiu que *"por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos."*¹⁹³

Em alguns aspectos se verifica, inclusive, postura proativa do Poder Judiciário, no sentido interferir em políticas públicas de fomento à mínima dignidade dos condenados. Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.581, o Supremo Tribunal Federal assentou, por unanimidade, tese pela qual

diretamente sobre direitos e deveres dos presos, bem como sobre questões decorrentes da imposição de sanções disciplinares. Isso é sintomático, pois as denúncias de maus-tratos não diminuíram." (CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 68-69 e 107-108).

¹⁹² MIOTTO, A. B. A Reforma ... op. cit., p. 162. Em outro texto, vê-se na afirmação de que o preso é sujeito de direitos uma superação de postulados terapêuticos da Escola Positiva de Direito Penal: “Com efeito, visto e tratado o condenado, segundo a orientação devida especialmente à Escola Positiva de Direito Penal, como ‘indivíduo sujeito passivo de tratamento’, a pena (...) seria esse tratamento. Desse modo, proclamava-se que se humanizara a pena. Ora, fosse feito esse ‘tratamento’ ou não o fosse (...), o que se verificava era, ao contrário, desumanização, pois que se despojava o condenado de sua condição de *pessoa* (...). Não se pensava que o condenado tivesse um *status* jurídico próprio, configurado por direitos que permanecem apesar da sentença condenatória (em razão de cujos termos, outros foram suspensos) e direitos que nascem da mesma sentença condenatória (...)”. (MIOTTO, A. B. Panorama da Política Penitenciária Nacional. **Revista de Informação Legislativa**. a. 16, n. 63 (jul./set. 1979), p. 212).

¹⁹³ STF - REExt 641.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 1.8.2016.

*"é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes"*¹⁹⁴

Os precedentes demonstram que, em alguma medida, a lógica de que a questão penitenciária deve ser tratada em âmbito puramente administrativo, e cujo mérito escapa à análise jurisdicional, não se sustenta. Com efeito, mister reconhecer que *"A execução penal deixou de ser relação jurídica meramente administrativa. Hoje, evidencia sentido jurisdicional."*¹⁹⁵

Em âmbito internacional, o abandono progressivo das relações especiais de poder pode ser ilustrado pela Sentença BVerfGE 33,1 da Segunda Sala do Tribunal Constitucional Alemão, que em 14 de março de 1972, reconheceu expressamente que *"os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos através de uma lei ou com base em uma lei."*¹⁹⁶

A decisão vai além, afirmando ainda que a aplicação da teoria das relações especiais de poder significa uma relativização indeterminada e intolerável dos direitos dos apenados:

"(...) a concepção tradicional da execução penal como uma 'relação especial de poder' é admissível para relativizar assim os direitos

¹⁹⁴ STF - REExt 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1.2.2016.

¹⁹⁵ STJ - RHC 7.387, Rel. Orig. Min. Anselmo Santiago, Rel. Desig. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 31.8.1998. Na doutrina, versando sobre a necessidade de jurisdicalização da execução penal: MIOTTO, A. B. O Direito ... op. cit., p. 103-105.

¹⁹⁶ JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 48. [Trad. de: "Los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley."]. Na Itália, merece destaque a posição de AMATO: "Juridicizar a prisão significa também reconhecer e garantir a qualquer preso todos os direitos que pertencem aos outros cidadãos e que não são incompatíveis com o estado de detenção (...)." (AMATO, N. Diritto ... op. cit., p. 249. [Trad. de: "Giuridicizzare la prigione significa anche riconoscere e garantire a ciascun internato tutti i diritti che spettano agli altri cittadini e non sono incompatibili con lo stato di detenzione (...)."])

fundamentais dos prisioneiros com uma indeterminação que se torna intolerável.

(...) [o ordenamento jurídico] estabelece que os direitos fundamentais são vinculantes para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa vinculação plena dos poderes estatais se contradiz quando na execução de uma sanção penal os direitos fundamentais podem ser restringidos discricionariamente ou por poder discricionário. (...) Os direitos fundamentais dos prisioneiros somente podem ser limitados mediante uma lei que, sem embargo, não pode renunciar – dentro dos limites possíveis – às cláusulas gerais.”¹⁹⁷

O esfacelamento progressivo da aplicação irrestrita da teoria das relações especiais de poder ao âmbito penitenciário – com a consequente afirmação da legalidade na execução penal¹⁹⁸ – se espalhou no direito europeu continental a partir do *leading case* forjado na Alemanha¹⁹⁹.

Na *Sentencia 2/1987*, o Tribunal Constitucional Espanhol consignou, a propósito das sanções disciplinares, que muito embora exista uma relação de sujeição especial no ambiente carcerário,

“a reserva de lei cumpre principalmente uma função de garantir a segurança jurídica, de modo que os internos possam dispor de informações suficientes sobre as normas jurídicas aplicáveis em um determinado caso, e a norma deve ser formulada com a suficiente precisão para que o interno possa prever razoavelmente as consequências que possam derivar de uma determinada conduta. (...) Claro está que **também a estas relações de sujeição especial segue sendo aplicável (...) o princípio da legalidade (...)**”²⁰⁰ – g.n. –

¹⁹⁷ JURISPRUDENCIA ... op. cit., p. 49.

¹⁹⁸ BEIRAS, I. R. *La Cuestión* ... op. cit., p. 517.

¹⁹⁹ No direito espanhol: BEIRAS, I. R. *La Cuestión* ... op. cit., p. 520-533. Com referências ao direito espanhol, italiano (Sentenza 349/1993) e, para além da Europa, no caso “*Romero Cacharane*”, forjado na Corte Constitucional Argentina, cf.: CESANO, D. *Derecho* ... op. cit., p. 110-114

²⁰⁰ Trad. de: “la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. (...) Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable (...) el principio de legalidad (...).”

Ainda, por força da *Sentencia 61/1990*²⁰¹, a Corte Constitucional Espanhola reconheceu o carácter impreciso da distinção entre relações gerais e especiais de poder e, na *Sentencia 120/1990*²⁰², reconheceu que as relações especiais devem ser compreendidas em um sentido reduzido, posto que limitadas pelos direitos fundamentais.

É importante perceber, porém, que a perda de espaço da teoria das relações especiais de poder não significa, automaticamente, o reconhecimento pleno e absoluto dos condenados como sujeitos de direitos, nem mesmo a jurisdicionalização plena da execução penal. A questão transita ainda por outros fundamentos, sendo o jurídico a simples *ponta do iceberg*:

“É óbvio (para não dizer que seria inconstitucional se não fosse assim) *que se não deve impor outros sofrimentos*. Mas, no fundo, é o que se quer: *gozar pelo sofrimento do outro!* Não basta, então, ser a *pena privativa de liberdade* (eis o limite constitucional); é preciso, como se pretende erroneamente, agregar um *sofrimento extra* àquele que teria se despedido de seus direitos elementares. Eis o *inimigo!* Eis o que se tem como visível e invisível na posição de gente como Jakobs e outros corifeus da corrosão da cidadania que, em países periféricos, sequer chegou à plenitude.

Tal discurso, por outro lado, serve sobremaneira para *justificar um não fazer*. Afinal, algo há de ser dito em relação a tudo aquilo que se deveria fazer para o preso e em relação a ele não se faz; mas não se diz. E não se diz porque a omissão encontra guarida naquilo que entra na cota do *sofrimento extra*, ou seja, é como se o cidadão comum achasse uma *normalidade* tudo que tem acontecido porque é algo que, pelo que se aparenta, não lhe diz respeito. A situação é estranha, mas está dentro do espaço cativo do pensamento mercadológico, neoliberal, a ser analisado a partir do bordão: *morreu, morreu, que bom que não fui eu!* Em uma sociedade de *competição*, onde a

²⁰¹ "Há que se admitir, pois, no caso, a natureza sancionatória da medida, sem que a distinção entre relações de sujeição geral e especial, em si mesmo imprecisa (...)" [Trad. de: "Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en si misma imprecisa (...)."]

²⁰² "Esta relação de especial sujeição, que deve sempre ser entendida em um sentido reutivo, compatível com o valor preferencial que corresponde aos direitos fundamentais (...)" [Trad. de: "Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales (...)."]

ética foi consumida, a desgraça alheia é apreciada como *fast food* e, de fato, importa pouco. O problema é que tal comportamento, refletindo um modo de ser no mundo, não vai atingir só os presos e as prisões (quicá os pontos mais distantes), para chegar a postos de saúde e hospitais, escolas e universidades, e assim por diante.”²⁰³

Por sue turno, nos países que adotam o sistema *common law* – notadamente no direito estadunidense –, a negação da possibilidade de tutela jurisdicional dos direitos dos apenados se sustentou na *hands off doctrine*, que propugna a não interferência do Poder Judiciário nas relações entre apenado e administração penitenciária.

Essa doutrina se embasa em uma ultrapassada visão penalógica retributiva segundo a qual o condenado é destituído de direitos a serem protegidos pela via jurisdicional, bem como no pressuposto de que a atuação do juiz em matéria penitenciária – além de vedada em decorrência da discricionariedade administrativa e da ausência de competência jurisdicional para discutir questões de administração penitenciária – poderia implicar em indevida interferência na separação de poderes. Na prática, a *hands off* implicou na completa ausência de análise das demandas apresentadas em juízo pelos condenados²⁰⁴.

²⁰³ COUTINHO, J. N. M. Punitivismo Desmedido e Ideológico (A Posição de Jörg Stippel). In: BUSATO, P. C. (Coord). **Questões Atuais do Sistema Penal**: Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 8-9. Com outros fundamentos, cf.: PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. **Teoria** ... op. cit., p. 180-181: “(...) mesmo com o domínio crescente do ‘jurídico’, existem ainda espaços que são, inegavelmente, de relações sociais de sujeição dominadas unilateralmente por poderes que se subtraem, total ou parcialmente, a qualquer pré-determinação legal. Trata-se dos espaços a que Foucault se referira (...) como os lugares da disciplina. O cárcere, o manicômio, o colégio, o exército (...) resistem como espaços que não foram plenamente hegemonizados pelo direito, pois se apresenta um domínio tendencialmente ‘livre’ e, portanto ‘discricionário’ de atuação de alguns sobre outros, fazendo estes sofrerem, em diversos graus, do esvaziamento e/ou desvalorização e/ou limitação da própria liberdade. Tal teorização não diz respeito aos limites que o direito pode ou poderia colocar sobre as relações de domínio. Estas jamais poderão ser completamente preenchidas ou hegemonizadas pelo ‘direito’, na medida em que sempre haverá um núcleo resistente e refratário, mesmo se mínimo, que permanecerá dele ‘livre’.”

²⁰⁴ VOGELMAN, Richard P. Prison Restrictions – Prisoner Rights. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 59, n. 3 (sep., 1968), p. 386. Cf. ainda: TAPPAN, Paul W. The Legal Rights of Prisoner. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 293 (May, 1954), p. 99-111; TURNER, Wiliam Bennett. Establishing the Rule of Law in Prisons: A Manual for Prisoner’s Rights Litigation. **Stanford Law Review**. v. 23, n. 3 (Feb., 1971), p. 473-518; CARROLL, Leo. **Lawful Order**: A case study of correctional crisis and reform. New York: Taylor and Francis, 1998, p. 4-8.

Essa concepção pode ser ilustrada em conhecido *leading case* da Suprema Corte da Virgínia, do ano de 1871, segundo o qual os presos “*perdem, como consequência do seu crime, não apenas a sua liberdade, mas todos os direitos individuais com exceção daqueles que a lei, em sua concepção humanitária, lhes confere. O preso é, enquanto tal, escravo do Estado.*”²⁰⁵ – g.n –

Referida orientação prevaleceu intocada nos Estados Unidos até meados do séc. XX, como se pode observar a partir de precedente firmado em *Bethea v. Crouse*, no ano de 1969:

“*Nós consistentemente aderimos à denominada política ‘hand off’ em matéria de administração penitenciária, em conformidade com o que dissemos, que a responsabilidade básica no controle e administração das instituições penais, incluindo a disciplina, tratamento e cuidado com os presos, relaciona-se com a agência administrativa responsável e não está submetida a revisão judicial a não ser que seja exercida de tal maneira que constitua abuso ou capricho por parte dos agentes penitenciários.*”²⁰⁶

Tratando-se juridicamente o cidadão condenado como escravo do Estado, não é necessário grande esforço para se imaginar as diversas violações a direitos individuais experimentados por força do cumprimento da pena, redundando em penalidades administrativas cruéis, perda da cidadania, da identidade pessoal, da propriedade e, não raro, da própria vida dos presos²⁰⁷.

A modificação gradativa desse cenário passou pela internalização de ideais humanistas desenvolvidos sobremaneira a partir do séc. XIX e que, inicialmente, pouca relação tiveram com o direito legislado ou com a atuação dos tribunais, tendo decorrido diretamente da própria atuação da administração penitenciária²⁰⁸. Somente em momento posterior os Tribunais passam a

²⁰⁵ *Ruffin v. Commonwealth*, 62 Va. 790, 796, 21 Gratt. (1871). [Trad. de: “[the prisoner] has, as a consequence of his crime, not only forfeited his liberty, but all his personal rights except those which the law in its humanity accords to him. He is for the time being the slave of the state.”]

²⁰⁶ *Bethea v. Crouse*, 417, F.2d 504, 505-06 (10th Cir. 1969). No mesmo sentido, cf.: *Startti v. Beto*, 405 F2d. 858, 859 (5th Cir. 1969); *Douglas v. Sigler*, 386 F2d 684, 688 (8th Cir. 1967).

²⁰⁷ TAPPAN, P. W. The legal ... op. cit., p. 99.

²⁰⁸ TAPPAN, P. W. The legal ... op. cit., p. 99-100; CARROLL, L. *Lawful* ... op. cit., p. 4. Segundo Leo CARROLL, no campo do direito legislado, a *Section 1983* do *US Code* – composto por regras sobre

reconhecer que os apenados são titulares de direitos não afetados pela condenação, podendo acionar o Poder Judiciário para tutelar esses direitos.

Em *Coffin v. Reichard*, consignou-se que “o prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão comum com exceção daqueles expressamente, ou por implicação necessária, limitados pelo direito.”²⁰⁹ No mesmo sentido, em *Woff v. McDonnell*, a Suprema Corte dos EUA assentou que

“(...) o preso não é completamente despojado das garantias constitucionais, e embora os procedimentos de disciplina carcerária não afetem a totalidade dos direitos conferidos ao cidadão no processo criminal, esses procedimentos devem ser regidos por uma ponderação entre as necessidades institucionais e os postulados constitucionais gerais aplicáveis.”²¹⁰

Com o reconhecimento de um plexo de direitos aos apenados, abre-se a possibilidade de avançar para garantir aos condenados o direito de postular a tutela jurisdicional desses direitos, em hipótese de violação pela administração penitenciária. Dessa forma, em *Ex Parte Hull*, a Suprema Corte dos EUA decidiu que “uma regra penitenciária estadual que abrevie ou prejudique o direito do preso de acionar uma corte federal através do writ de habeas corpus é inválida.”²¹¹

proteção de direitos civis dos ex escravos – teria sido o primeiro veículo formal a permitir a tutela jurisdicional de direitos dos presos.

²⁰⁹ *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 433 (6th Cir. 1944), July 3, 1944. [Trad. de: “A prisoner retains all the rights of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication, taken from him by law.”]

²¹⁰ *Woff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974). [Trad. de: “A prisoner is not wholly stripped of constitutional protections, and though prison disciplinary proceedings do not implicate the full panoply of rights due a defendant in a criminal prosecution, such proceedings must be governed by a mutual accommodation between institutional needs and generally applicable constitutional requirements.”] Por outro lado, há estudos que apontam que um dos fatores involuntários que possibilitou o encarceramento em massa nos Estados Unidos foi exatamente o reconhecimento de direitos aos presos, bem como a possibilidade de postular esses direitos judicialmente. Com relação à situação específica do Estado da Flórida (entre os anos de 1970 a 2006), cf.: SCHOENFELD, Heather. Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation. *Law & Society Review*. v. 44, n. 3/4 (sept./dec. 2010), p. 731-767.

²¹¹ *Ex Parte Hull*, 312 U.S. 546 (1941). [Trad. de: “A state prison rule abridging or impairing a prisoner’s right to apply to the federal courts for a writ of habeas corpus is invalid.”] Em precedentes subsequentes, a Suprema Corte ultrapassou barreiras econômicas para reconhecer o direito dos presos hipossuficientes de postularem judicialmente direitos não afetados pela condenação (*Griffin v Illinois*, U.S. 12 (1956); *Burns v. Ohio*, 360 U.S. 252 (1959)). Afastou-se também a eficácia de regulamento do Estado do Tennessee que proibia os presos de se auxiliarem mutuamente na preparação de petições de *habeas corpus* (*Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969)). Em *Sigafus v. Brown*, a Corte de Apelação do Sétimo

O acesso aos Tribunais, garantido formalmente em *Ex Parte Hull*, enquanto direito de petição, foi posteriormente ampliado em *Bounds v. Smith*, ao se reconhecer que

“o direito fundamental constitucional de acesso às cortes exige das autoridades penitenciárias que auxiliem os presos na preparação e preenchimento de documentos jurídicos significativos, através de suporte aos presos com bibliotecas jurídicas adequadas ou através da assistência jurídica por pessoas letradas em direito.”²¹²

Contudo, o panorama jurídico de amplo acesso dos condenados ao Poder Judiciário, para questionar ilegalidades e abusos no cumprimento da pena, permaneceu democratizado por pouco tempo, notadamente em decorrência da política de *war on drugs* declarada por Richard NIXON, que dentre outros desdobramentos implicou na explosão do contingente carcerário estadunidense.

Os avanços em matéria de proteção dos direitos individuais dos presos e acesso ao Poder Judiciário sofrem mitigação a partir de *Bell v. Wolfish*²¹³. E ao final da década de noventa, além do encarceramento em massa, o crescimento exponencial de demandas judiciais dos presos – que, segundo dados oficiais, passou de 218 casos em 1966 para 56.283 casos em 1994²¹⁴ – engendrou uma nova política de restrição de acesso dos apenados ao Poder Judiciário.

Circuito entendeu pela ilegalidade da retenção, confisco e destruição, pelo estabelecimento prisional, de documentos e petições encaminhadas pelos presos às cortes de justiça (*Sigafus v. Brown*, 416 F.2. 105 (7th Cir. 1969)). No mesmo sentido: *Smartt v. Avery*, 370 F.2d 788, 790 (6th Cir. 1967); *Landman v. Peyton*, 370 F.2d 135, 137 n. 1 (4th Cir. 1966); *DeWitt v. Pail*, 366 F.2d 682, 685 (9th Cir. 1966); *McCloskey v. Maryland*, 337 F.2d 72, 74 (4th Cir. 1964).

²¹² *Bounds v. Smith*, 420 U.S. 817 (1977). [Trad. de: “The fundamental constitutional right of access to the court held require prison authorities to assist inmates in the preparation and filing of meaningful legal papers by providing prisoners with adequate law libraries or adequate assistance from persons trained in the law.”]

²¹³ *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). No precedente, afirmou-se a constitucionalidade e legalidade: (a) do “double-bunking”, consistente na utilização de cela individual por dois ou mais presos; (b) da regra do “publisher only”, em que os presos somente poderiam receber e acessar livros encaminhados por editoras e livrarias; (c) da regra que proibia detentos de receberem comida e itens pessoais de pessoas de fora da penitenciária; (d) da prática de buscas íntimas (*body cavity searches*) nos presos, após contato com pessoas externas ao presídio.

²¹⁴ Os dados, colhidos a partir do *Bureau of the Census, U.S. Dep’t of Commerce, Statistical Abstract of the United States*, é referido em: RIEWE, Julie M. The Least Among Us: Unconstitutional Changes in Prisoner Litigation under the Prison Litigation Reform Act of 1995. *Duke Law Journal*. v. 47, n. 1 (oct., 1997), p. 117-118.

Com efeito, a Suprema Corte dos EUA dá um passo atrás na afirmação de direitos e garantias aos condenados, reinterpretando o precedente firmado em *Bounds v. Smith*. Afirmou-se, em *Lewis v. Casey*, que os condenados possuem apenas e tão somente o direito de acesso formal ao Poder Judiciário, mas que a administração penitenciária não tem o dever de conferir os mecanismos a esse acesso:

“(…) bibliotecas jurídicas nas prisões e programas de assistência jurídica não são fins em si mesmos, mas apenas meios para assegurar ‘uma oportunidade razoavelmente adequada de apresentar situação de violação a direitos constitucionais fundamentais às cortes. Porque *Bounds* não criou um direito abstrato e autônomo a uma biblioteca jurídica ou a assistência legal, o preso não pode afirmar uma lesão relevante a seu direito simplesmente afirmando que a biblioteca jurídica ou a assistência jurídica no seu presídio são deficitárias em algum sentido abstrato.”²¹⁵

Mas o golpe mais forte ao efetivo controle de legalidade na execução penal estadunidense ocorreu no ano subsequente, com a açodada²¹⁶ aprovação e vigência do **Prison Litigation Reform Act (PLRA)**²¹⁷, que instituiu diversas medidas limitadoras do acesso aos condenados ao Poder Judiciário.

Sem a pretensão de abordar a integralidade das medidas existentes no PLRA, três exemplos podem demonstrar as severas limitações instituídas.

²¹⁵ *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343 (1996). [Trad. de: “(…) prison law libraries and legal assistance programs are not ends in themselves, but only the means for ensuring ‘a reasonably adequate opportunity to present claimed violations of fundamental constitutional rights to the courts. Because *Bounds* did not create an abstract, freestanding right to law library or legal assistance, an inmate cannot establish relevant actual injury simply by establishing that prison’s law library or legal assistance program is subpar in some theoretical sense.”]

²¹⁶ *Benjamin v. Jacobson*, 935 F. Supp. 332, 340 (S.D.N.Y) (1996): “Alguns acreditam que essa legislação, que possui amplos efeitos nas condições dos presídios e dos direitos dos presos, merecia ter sido submetida a debate significativo. Mas não foi. Uma única audiência no Senado após o Comitê Judiciário, um relatório parlamentar substancial e alguns debates rasteiros é o que se pode achar [sobre o PLRA].” [Trad. de: “[S]ome believe that this legislation which has a far-reaching effect on prison conditions and prisoners’ rights deserved to have been subject of significant debate. It was not. A single Senate hearing before the Judiciary Committee, one substantive House Report, and some floor debate is all we can find.”]

²¹⁷ ROBERTSON, James E. The Jurisprudence of the PLRA: inmates as ‘outsiders’ and the countermajoritarian difficulty. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 92, n. 1/2 (2001/2002), p. 195-197. Aponta-se para o precedente da Suprema Corte dos EUA forjado em *Bell v. Wolfish* como o primeiro passo para que o PLRA pudesse vir a ser aprovado.

O primeiro deles consiste no pagamento, por todos os presos que pretendam questionar judicialmente eventuais ilegalidades sofridas, de uma taxa administrativa, ainda que de forma parcelada nas hipóteses de miserabilidade (*in forma pauperis*)²¹⁸.

Obviamente, a se considerar a clientela preferencial do sistema penal, sintomático que a exigência de pagamento de taxas para que os presos possam acionar o Poder Judiciário, inclusive para os despossuídos, limita sobremaneira as possibilidades de os condenados verem seus direitos não afetados pela condenação tutelados.

Em segundo lugar, o PLRA instituiu a *three strikes provision*, segundo a qual o preso que apresentar três ou mais demandas que sejam inadmitidas por serem frívolas, maliciosas ou por não possuírem reivindicações plausíveis, não poderá acionar, *in forma pauperis*, o Poder Judiciário, para questionar ilegalidades e abusos no cárcere, salvo em hipóteses de perigo iminente ou em hipóteses de sérios danos físicos²¹⁹.

Em terceiro lugar, instituiu-se a necessidade de esgotamento das vias impugnativas administrativas (*exhaustion requirement*) para que os condenados pudessem postular judicialmente seus direitos: “nenhuma ação judicial será

²¹⁸ 28 U.S.C § 1915(b.1) – “Inobstante o disposto na alínea (a), se o preso interpuser uma ação civil ou apelar na forma de pobreza, será obrigado a pagar integralmente a taxa administrativa.” [Trad. de: "Notwithstanding subsection (a), if a prisoner brings a civil action or files an appeal in forma pauperis, the prisoner shall be required to pay the full amount of a filing fee."] e 28 U.S.C § 1915 (b.2) – "Após o pagamento da parcela inicial da taxa administrativa, o preso deverá realizar pagamentos mensais de vinte por cento do montante creditado em sua conta no mês anterior." [Trad. de: "After payment of the initial partial filing fee, the prisoner shall be required to make monthly payments of 20 percent of the preceding month's income credited to the prisoner's account.]"

²¹⁹ 28 U.S.C. § 1915(g). A previsão é extremamente problemática não apenas por limitar o acesso ao Poder Judiciário, mas igualmente em decorrência da indeterminação do que será considerado como um *strike*, face à porosidade de conceitos como *malícia* e *frivolidade*. A dificuldade de determinação minimamente segura do que possa ou não ser considerado um *strike* é refletida nos precedentes forjados após a vigência do PLRA. Assim, para citar dois exemplos: (a) em *Welch v. Galie*, considerou-se como *strike* demandas anteriores à vigência do PLRA – *Welch v. Galie*, 207 F. 3d, 130 (2th Cir. 2000); (b) em *Snider v. Melindez*, considerou-se que a inobservância da regra do esgotamento das vias administrativas para questionar ilegalidades perante o judiciário não seria um *strike*, porém em *Rivera v. Allin*, chegou-se à conclusão oposta – *Snider v. Melindez*, 199 F. 3d, 108, 111 (2th Cir. 1999) e *Rivera v. Allin*, 144 F. 3d 719, 731 (11th Cir. 1998).

ultimada em relação a condições de presídios (...) enquanto os remédios administrativos disponíveis não forem exauridos.”²²⁰.

Em *Jones v. Bock*, a constitucionalidade dessa previsão é afirmada e, mais do que isso, a *exhaustion requirement* foi enaltecida como mecanismo com potencialidade para reduzir o número de reivindicações judiciais dos condenados e assim aumentar a eficiência e qualidade das discussões sobre direitos na execução penal em sede jurisdicional²²¹.

Contudo, pesquisas doutrinárias apontam que o suposto ganho de eficiência e redução de demandas judiciais dos condenados – a par da discutível constitucionalidade das medidas previstas no PLRA²²² – foram conseguidos ao custo da restrição indevida de direitos individuais e da supressão de garantias inerentes ao devido processo legal²²³.

Conclui-se a partir do ponto de partida, que se não pode perder de vista: a efetividade dos direitos em sede executiva depende, sobretudo, do grau de proteção jurisdicional conferido aos direitos positivados na execução penal. Não se nega que, em um ambiente pautado pela lógica da disciplina, os espaços de submissão e reificação sempre estão a tencionar as garantias individuais, motivo pelo qual a função de garante entregue ao Poder Judiciário deve ser ampliada no que tange aos direitos dos condenados. Restringir a jurisdicionalização da execução implica negar factibilidade aos direitos e garantias executivas.

²²⁰ 42 U.S.C § 1997e(a). [Trad. de: “No action shall be brought with respect to prison conditions (...) until such administrative remedies are available are exhausted.”] Os precedentes forjados após a institucionalização da *exhaustion requirement* são no sentido de que a ausência de esgotamento das vias administrativas representa hipótese de extinção do processo judicial. Nesse sentido, cf.: *Wright v. Morris*, 111 F 3d 414 (6th Circ. 1997); *Wendell v. Asher*, 162 F 3d 887 (5th Circ. 1998); *Perez v. Wisconsin Dept of Correction*, 182 F. 3d 532 (7th Cir. 1999).

²²¹ *Jones v. Bock*, 549 U.S. 199 (2007): “Requerer o exaurimento permite aos agentes administrativos a oportunidade de resolver disputas concernentes ao exercício de suas responsabilidades antes de serem levadas ao tribunal. Isso tem o potencial de reduzir o número de demandas de presos e também melhorar a qualidade das demandas que são trazidas (...)” [Trad. de: “Requiring exhaustion allows prison officials an opportunity to resolve disputes concerning the exercise of their responsibilities before being haled into court. This has the potential to reduce the number of inmates suits, and also to improve the quality of suits that are filed (...).”]. No mesmo sentido, cf.: *Woodford v. Ngo*, 548, U.S. 81 (2006).

²²² Sobre a (in)constitucionalidade das previsões do PLRA, cf.: LUKENS, Joseph T. The Prison Litigation Reform Act: three strikes and you’re out of court – it may be effective, but is it Constitutional? *Temp. Law Review*, v. 585, 1999.

²²³ RIEWE, J. M. The Least ... op. cit., p. 137 e ss.

CAP. 2 – NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

2.1. Os Sistemas Processuais Penais e a Execução Penal

Como se pretendeu demonstrar, há uma relação direta entre a jurisdicionalização e o grau de efetivação de direitos individuais na execução penal. A superação da concepção administrativista representou inegável avanço no que diz com o reconhecimento de que o cidadão condenado mantém *status* de sujeito de direitos a serem respeitados, muitos dos quais não afetados pela condenação.

Contudo, deve-se perceber que jurisdicionalizar a execução penal é preciso, porém não é tudo. Basta pensar que a chamada fase de conhecimento do processo se desenvolve integralmente em ambiente jurisdicionalizado e, ainda assim, em largos espaços, direitos e garantias individuais dos acusados são vilipendiados, não raro em face de posição dos próprios órgãos jurisdicionais. Isso porque no Brasil – mas não apenas aqui –, em que pese jurisdicionalizado o processo de conhecimento, o sistema processual penal é eminentemente inquisitorial e, portanto, antidemocrático na matriz²²⁴.

Logo, para compreender a lógica que rege a execução penal é necessário ir além, incursionando no estudo dos sistemas processuais penais, dado que a lógica sistêmica também pode se estender aos domínios execucionais.

Na doutrina, há três modelos explicativos acerca dos sistemas execucionais penais, havendo quem sustente que a execução penal representa atividade administrativa, jurisdicional ou mista²²⁵.

²²⁴ COUTINHO, J. N. M. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 183 (jul./set. 2009), p. 103-115; COUTINHO, J. N. M. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. *In*: _____ (Coord). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001, p. 3-55; VASSALI, Giuliano. Introduzione. *In*: GARLATI, Lorena (Coord.). **L'inconscio Inquisitorio: L'eredità del Codice Rocco la Cultura Processualpenalistica Italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 9-22.

²²⁵ PRADO, Fernando de Albuquerque. **Estudos e Questões de Processo Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 160 e ss.

As posições puramente administrativistas são raras na atualidade²²⁶, sendo que o debate majoritário está centrado nas concepções jurisdicional e mista da execução penal. E tanto os que defendem a concepção mista como os que sustentam a posição jurisdicional compreendem que superar o modelo administrativista representa um passo adiante na realização de direitos dos condenados²²⁷.

Independentemente da adoção de uma ou outra posição – jurisdicional ou mista –, duas questões essenciais devem ser postas em relevo.

Primeiramente, deve-se compreender com exatidão o sentido e o alcance da expressão “*sistema*”, para então se poder entender o que seriam os sistemas misto ou jurisdicional na execução penal.

Em segundo lugar, deve-se repetir que pensar a execução penal exclusivamente a partir de uma matriz ou outra é insuficiente, pois não basta jurisdicionalizar – total ou parcialmente – a execução penal para que as garantias individuais do cidadão encarcerado sejam respeitadas em sua integralidade.

No que tange a esses aspectos, o estudo sobre os modelos executivos deve ser cotejado com os sistemas processuais penais (acusatório, inquisitório e misto), partindo-se da premissa segundo a qual a execução penal somente poderá ser considerada democrática se – para além de se inserir em um contexto jurisdicional – abandonar a mentalidade inquisitorial²²⁸.

²²⁶ Na defesa da natureza exclusivamente administrativa da execução penal, ainda que desenvolvida em ambiente processual, cf.: SILVA, Adhemar Raymundo da. **Estudos de Direito Processual Penal**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 57-68. Sustentando que a execução penal não constitui nem atividade jurisdicional, nem atividade processual, cf.: SANTORO, A. **L’escuzione** ... op. cit., p. 164.

²²⁷ Na defesa da natureza mista – administrativa e jurisdicional – da execução penal, cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza Jurídica da Execução Penal*. In: _____; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Orgs.). **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 5-13; NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 35. Na defesa da natureza jurisdicional da execução penal, cf.: ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 104-105.

²²⁸ LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 372-373; CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 164-177; CARVALHO, S. *Execução da Pena e Sistema Acusatório: Leitura desde o Paradigma do Garantismo Jurídico-Penal*. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Processual Penal: Uma Visão Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 211: “(...) é ineficaz jurisdicionalizar o processo de execução penal se este sistema for concebido através de premissas inquisitoriais. É que somente podemos atingir determinado grau de garantias se concebermos o processo de execução penal com feição acusatória.”

No estudo sistemático, segue-se pela matriz kantiana, através da qual o sistema é conceituado como um conjunto de elementos ordenados de forma pretensamente lógica, através de um princípio unificador. O princípio é tomado como ideia única – indivisível, portanto –, e dele derivam os demais elementos, todos secundários, que compõem o sistema²²⁹.

Transportada essa lógica ao direito processual penal, tem-se reconhecido historicamente a existência de dois sistemas, quais sejam, o acusatório e o inquisitório, sendo o primeiro regido pelo princípio dispositivo e o segundo pelo princípio inquisitivo²³⁰. A distinção entre os princípios é objeto de forte divergência doutrinária.

O critério dominante por diversos anos na literatura processual penal pátria foi aquele difundido no âmbito da escola paulista de processo e consistente na separação formal de funções. Segundo este critério, o sistema processual penal será orientado pelo princípio inquisitivo se as atividades de julgamento, acusação e defesa estiverem concentradas em um mesmo órgão e, por outro lado, se estas atividades forem desenvolvidas por órgãos distintos – v.g. acusação pelo órgão do Ministério Público, defesa por advogado e julgamento por juiz –, o sistema processual terá por base o princípio dispositivo²³¹.

Uma análise histórica dos sistemas processuais penais indica que o critério da separação formal é insuficiente para diferenciar os princípios inquisitivo e dispositivo e, via de consequência, os sistemas inquisitório e acusatório. Com efeito, ninguém nega que aglutinar as funções de julgamento, acusação e/ou

²²⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 584-585.

²³⁰ COUTINHO, J. N. M. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. a. 30, n. 30, 1998, p. 165; COUTINHO, J. N. M. O Papel ... op. cit., p. 16-17.

²³¹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21: "Duas formas pode então assumir o processo, conforme o princípio que o inspire: ou a acusatória, ou a inquisitória. O princípio inquisitivo significa a investigação unilateral da verdade, enquanto o acusatório traduz a regra de que a descoberta da verdade se opera através do exercício de funções específicas e distintas, dos órgãos fundamentais do processo.". A concepção é posteriormente reafirmada em: MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1961, p. 62-63. Posteriormente, diversos discípulos de FREDERICO MARQUES mantiveram essa posição, como por exemplo: GRINOVER, A. P. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 7, n. 27. (jul./set. 1999), p. 71-79.

defesa em um mesmo órgão implica um sistema processual antidemocrático, porém a simples separação formal entre as funções não garante um modelo processual acusatório²³².

Portanto, é necessário um critério que transcenda o âmbito meramente formal, pelo qual as atividades de julgamento, acusação e defesa não se sobreponham do ponto de vista material. E tratando-se o processo penal de atividade recognitiva²³³, parece sintomático que a atividade probatória assume posição central na definição do sistema processual penal. Afinal, é a partir das provas que se permite ao órgão jurisdicional o conhecimento possível do caso penal, de modo a se poder pensar no juiz como destinatário das provas, não devendo atuar de maneira a produzir de ofício os elementos de convicção no processo.

Assim, a diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório deve seguir o critério da gestão da prova. A partir desse critério, se a gestão das provas estiver a cargo exclusivo de acusação e defesa, o processo será regido pelo princípio dispositivo e o sistema processual penal será acusatório. Por outro lado, se a iniciativa probatória puder ser desempenhada de ofício – ainda que de forma subsidiária ou complementar – pelo órgão jurisdicional, o processo será orientado pelo princípio inquisitivo e o sistema processual penal será inquisitório²³⁴.

²³² CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986, p. 47: "O estilo inquisitório inverte as perspectivas: o processo se torna atividade terapêutica; a pena é um medicamento; queira ou não, é necessário que o imputado coopere; (...) Esse axioma explica a máquina inteira. O aspecto mais visível está no fato de que trabalha sem uma demanda, mas no fundo isso é dado secundário: a lógica inquisitória não repugna as ações obrigatoriamente exercitadas por órgãos destinados à repressão; (...) É falso que método inquisitório equivalha a processo sem autor: nas *Ordonnance criminelle* 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabia aos *hommes du roi* (...). [Trad. de: "Lo stile inquisitorio rovescia le prospettive: il proceso diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l'imputato cooperi; (...) Quest'assioma spiega l'intera macchina. L'aspetto più visibile ste nel fatoo che lavori senza una domanda, ma in fondo, è dato secundario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intesi alla repressione; (...) É falso che metodo inquisitorio equivalga a proceso senza atore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli *hommes du roi* (...)."]

²³³ COUTINHO, J. N. M. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais**. a. 4, n. 14, 2004, p. 79: "Falar de processo, todavia, é, antes de tudo, falar de *atividade recognitiva*: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto (...) razão por que precisamos da coisa julgada."

²³⁴ COUTINHO, J. N. M. O papel ... op. cit., p. 24.

A adoção da separação formal de funções ou da gestão da prova como critério distintivo entre os princípios não representa mero diletantismo acadêmico. Ao contrário, definir o princípio fundante a partir de um critério ou outro pode conduzir a conclusões opostas quanto à base democrática ou antidemocrática do sistema processual penal.

Exemplo disso é o Brasil, em que a adoção do critério da separação formal conduz à conclusão de que o sistema processual seria orientado pelo princípio dispositivo – dado que as funções de julgamento, acusação e defesa são atribuídas a órgãos distintos –, porém, ao se pensar o sistema processual a partir da gestão da prova, conclui-se que o princípio fundante do sistema seria o inquisitivo, pois a regra do art. 156, do CPP, possibilita a iniciativa probatória de ofício pelo juiz tanto na fase de investigação preliminar como durante o processo.

Importante ainda reconhecer que, enquanto modelos históricos, não há na modernidade sistemas processuais puros, ou seja, não se conhece na atualidade sistemas que sejam exclusivamente inquisitoriais ou acusatórios. Assim, todos os sistemas processuais penais modernos são mistos²³⁵.

É necessário, contudo, bastante cautela na definição do que seja um sistema misto, a fim de se não desnaturar o próprio conceito de sistema. Partindo-se da concepção sistêmica adotada, o sistema misto não pode ser originado da fusão dos princípios inquisitivo e dispositivo – que são indivisíveis, não podendo originar um “princípio misto” –, nem mesmo da coexistência de ambos em um mesmo sistema, pois cada sistema se origina de um único princípio:

"Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito

²³⁵ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4ª ed. Padova: Cedam, 1985, p. 20-21: "Ocorre esclarecer imediatamente que em nenhum País hoje é mais adotado nem o sistema acusatório puro nem aquele inquisitório." [Trad. de: "Ocorre precisare subito che in nessun Paaese oggi è più accolto ne il sistema accusatorio puro ne quello inquisitorio."]

sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) provenientes do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isso, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador."²³⁶

Ser misto, portanto, significa que o sistema ou é orientado pelo princípio inquisitivo, com características secundárias provenientes do sistema acusatório, ou é orientado pelo princípio dispositivo, com características secundárias oriundas do sistema inquisitório.

Transportada a lógica sistêmica ao âmbito da execução penal, poder-se-ia traçar um paralelo das concepções executivas administrativista, jurisdicional e mista com os sistemas inquisitório, acusatório e misto, respectivamente, sem que se desnature a concepção sistêmica e a noção de princípio unificador²³⁷. E caso se pretenda um processo de execução penal de bases democráticas, é essencial que seja ele orientado pelo princípio dispositivo.

2.2. Execução Penal como Atividade Administrativa: administrativizar é, necessariamente, tornar inquisitorial a execução penal?

A doutrina é quase unânime em reconhecer, na atualidade, ou o caráter jurisdicional ou o caráter misto do processo de execução penal. Por outro lado, não é incomum identificar na concepção administrativista fortes traços inquisitoriais e antidemocráticos. As críticas não são de todo infundadas. Porém é necessário situar o momento histórico em que a concepção administrativista da execução penal surge e se desenvolve, para que melhores conclusões possam ser extraídas.

²³⁶ COUTINHO, J. N. M. O papel ... op. cit., p. 17-8.

²³⁷ CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 170.

Oportuno recordar que a maior preocupação dogmática com o direito de execução penal surge a partir do final do séc. XIX e início do séc. XX, quando a prisão – até então utilizada com fins precipuamente cautelares – substitui gradativamente as penas corporais de caráter aflitivo e se torna a principal forma de sanção penal.

Nesse momento histórico de transição, há alguns fatores que contribuem decisivamente para que a execução penal reste situada em domínios puramente administrativos e seja compreendida como *locus* de sujeição individual em face dos poderes da administração penitenciária. E esses fatores parecem ter pouca – ou talvez nenhuma – relação com a opção por um sistema execucional orientado por um ou outro princípio fundante.

O primeiro deles consistiu em compreender que, no campo penal, a atividade jurisdicional se exauria com a sentença penal. E que nas hipóteses de condenação, após a fixação da pena por um juiz, a execução seria transferida aos domínios administrativos²³⁸.

Em segundo lugar, a visão administrativista vinha reforçada por uma rígida separação entre os poderes, pela qual a questão execucional estaria imune à intervenção jurisdicional²³⁹. A concepção de poder discricionário prevalente no início do séc. XIX possibilitou situar a atuação da administração penitenciária em uma zona de livre conformação jurídica, sustentada dogmaticamente pela teoria das relações especiais de poder.

Ambas as questões comportam problematização e devem ser situadas do ponto de vista histórico, pois na atualidade são insustentáveis. Limita-se, para os efeitos do texto, a abordar a separação de poderes e a discricionariedade na administração penitenciária.

²³⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17; CESANO, J. D. **Derecho** ... op. cit., p. 124.

²³⁹ CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 156: “A experiência na execução penal demonstra uma cruel historiografia: depois de prolatada a sentença penal condenatória, o apenado ingressa em ambiente desprovido de garantias. Desta forma, a decisão judicial condenatória exsurge como declaração de ‘não-cidadania’, como formalização da condição de apátrida do autor do fato-crime.”

O tema foi tratado quando da análise das relações especiais de poder. Importa, para o momento, traçar uma linha de desenvolvimento dogmático da discricionariedade administrativa, para demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, em quaisquer domínios da administração pública em geral – e da administração penitenciária em particular – a discricionariedade não representa desvinculação para com o direito ou com o princípio da legalidade e, igualmente, não constitui óbice à tutela jurisdicional de atos administrativos inconstitucionais e/ou ilegais.

A respeito da discricionariedade, destaca-se que esse conceito é construído paralelamente à gênese do Estado Moderno e sua evolução pode ser compreendida em três momentos distintos²⁴⁰. O breve estudo historiográfico dos signos “*poder discricionário*” e “*discricionariedade*” evidencia que a manutenção do valor semântico das expressões vem acompanhada de um sensível câmbio de sentido do que elas representam²⁴¹.

O momento inicial da evolução do conceito de discricionariedade engloba a primeira metade do séc. XVIII. No período, de transição e formação do moderno conceito de Estado – no qual a forma de governo ainda é a monarquia absoluta –, em que pese se poder falar em atividade administrativa, ela não se submete ao império da lei ou mesmo ao controle jurisdicional. Aqui, discricionariedade significa ausência de quaisquer limitações legais, abrindo-se espaço ao arbítrio²⁴².

O momento subsequente compreende a segunda metade do séc. XVIII e início do séc. XIX. Aqui, o direito penitenciário ganha importância e paulatina autonomia, motivo pelo qual as características da discricionariedade

²⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 11 e ss.

²⁴¹ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. volume primo. Milano: Giuffrè, 1970, p. 477: “Deve-se ter presente, no entanto, que o valor semântico das expressões [discricionariedade e poder discricionário], introduzida no início do século passado em França, é igual somente em aparência porque ao longo de três séculos e meio mudou não só as ordens conceituais da doutrina, mas a própria instituição positiva.” [Trad. de: “Va però tenuto presente che il valore semântico delle espressioni, introdotte all’inizio dello scorso secolo in Francia, è eguale solo in apparenza poiché lungo il corso di ter mezzo secoli sono cambiati non solo gli ordini concettuali della dottrina, ma le stesse istituzioni positive.”]

²⁴² DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 13.

administrativa do período são incorporadas no âmbito da execução das penas e da administração penitenciária.

E nesse momento histórico, o Estado é fundado e estruturado na rígida separação de poderes, legalidade e igualdade, substituindo-se a ideia de vontade do príncipe pela lei enquanto fonte prevalente do direito e expressão da vontade geral²⁴³.

Porém, ainda que o direito administrativo forjado no período se desvincule da vontade do príncipe e da normatividade que rege as relações interprivadas, é composto em larga medida por regras de caráter autoritário, tendo por uma de suas finalidades precípuas a manutenção da autoridade do Estado²⁴⁴.

Assim, ainda que a lógica de fundação do Estado moderno se baseie na legalidade, herda-se na gênese alguns caracteres pré-modernos, notadamente no que diz com a existência de espaços nos quais a administração tem liberdade de atuação desvinculada das amarras da legalidade e de controle pelo Poder Judiciário:

“Embora o Estado de Direito adotasse como um de seus dogmas fundamentais o princípio da legalidade ao qual se submete a Administração Pública, no período do Estado liberal esse princípio teve uma concepção diversa daquela que prevalece hoje.

Era, na realidade, uma concepção mais restritiva, porque procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa, herdada do Estado de Polícia, em especial da teoria da dupla personalidade do Estado, que isentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, subordinada ao ‘*jus politiae*’.

²⁴³ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 14-16; GIANNINI, M. S. **Diritto** ... op. cit., p. 477-478. Destaca-se que, no período, a rígida separação de poderes representava anteparo à análise jurisdicional de legalidade do ato discricionário.

²⁴⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 17: “(...) começou a surgir um corpo de normas também especiais, diversas do direito privado, para reger a atuação do poder público. Daí o germe do direito administrativo, composto, de início, por um conjunto de normas com caráter em grande parte autoritário, por reconhecer prerrogativas e privilégios à Administração Pública, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular e sem a garantia de um controle judicial efetivo por parte do órgão independente. (...) as decisões dos magistrados têm caráter apenas opinativo e somente se tornam definitivas quando aprovadas pelo Chefe de Estado.”

Com efeito, como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de controle judicial.

A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial.

(...) ao lado dessa atividade administrativa vista como simples execução legal, havia outra, de livre apreciação, na qual a Administração Pública atuava isenta de vinculação legal e, portanto, de controle judicial. Era a forma como se concebia a discricionariedade nesse período.

Daí resulta a necessidade de compatibilizar essa idéia de discricionariedade com o princípio da legalidade administrativa. A consequência foi que este último era entendido de forma muito mais liberal do que a atualmente concebida: a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse.

(...) Pode-se afirmar que a discricionariedade, nesse período, não era vista como um poder jurídico, mas como *poder político*.²⁴⁵

Essa compreensão hegemônica atribuída à legalidade e ao poder discricionário na formação do Estado moderno orientou, na seara executiva penal, a relação entre a administração penitenciária e os cidadãos condenados, sob o apelido de “*relações especiais de poder*”.

Essas relações – existentes não apenas no contexto da administração penitenciária – permitiram que os condenados fossem alijados de seus direitos mais básicos, tornando a execução das penas um *locus* de reificação do cidadão condenado. Nesse momento, a temática inerente aos sistemas processuais penais pouco interferiu na questão executiva.

Em meados do séc. XIX, diversos pilares do Estado de Direito passam a ser questionados, face à insuficiência dos postulados liberais. Inaugura-se então

²⁴⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 18-19.

um novo período, marcado pela maior intervenção do Estado nas relações sociais e pelo fortalecimento do Poder Executivo²⁴⁶.

Com o gradativo aumento da máquina estatal, o direito administrativo se desenvolveu em diversos aspectos, destacando-se a mitigação dos postulados do individualismo jurídico e a sensível modificação do conceito de poder de polícia – uma das bases de legitimação do exercício do poder discricionário – que “compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança” e passa a “limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, qualquer que seja sua natureza.”²⁴⁷

O conceito de legalidade aplicado à administração pública sofre um câmbio dogmático. Com efeito, legalidade para o administrador passa a ser compreendida como limite de atuação administrativa – é “*margem de liberdade outorgada pela lei*”²⁴⁸ e não para além dela –, na medida em que somente está legitimada a administração a atuar quando a lei expressamente autorizar²⁴⁹.

Como consequência, a própria noção de discricionariedade é modificada, pois num contexto em que os atos administrativos são governados pela legalidade – no novo sentido emprestado ao princípio –, nem mesmo o poder discricionário deve escapar a esse filtro²⁵⁰.

²⁴⁶ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 20-24.

²⁴⁷ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 25.

²⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

²⁴⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 80-84. GIANNINI, M. S. **Diritto** ... op. cit., p. 483: “Todavia se deve precisar que a discricionariedade não coincide com qualquer ação livre da administração (como se acreditava anteriormente).” [Trad. de: “Tuttavia si deve precisare che la discrezionalità non coincide con tutto l’agire libero dell’amministrazione (come si riteneva una volta).”]

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Grandes** ... op. cit., p. 45-46; FAGUNDES, M. S. **O controle** ... op. cit., p. 64-66; SANCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial**. reimp. Madrid: Tecnos, 1995, p. 91-92; DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 28: “A própria discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico. O anterior princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele segundo o qual ela só pode fazer o que a lei permite. A lei não é mais uma barreira externa, fora da qual a Administração pode agir livremente; toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível fazer.”

Na medida em que se transporta a discricionariedade para dentro dos limites da legalidade, abre-se espaço para que atos administrativos ilegais praticados em nome do poder discricionário sejam controlados pelo Poder Judiciário²⁵¹.

Essa concepção de discricionariedade administrativa, limitada pela lei e passível de controle jurisdicional, é reforçada pelo movimento de constitucionalização do direito do pós-guerra, em que os Estados passaram a prever diretamente em suas Constituições a legalidade como um princípio inerente à administração pública²⁵².

Portanto, nos dias de hoje, a legalidade é traduzida pela fórmula segundo a qual o administrador somente está autorizado a praticar atos expressamente autorizados em lei havendo, portanto, uma submissão plena da administração à lei e ao direito²⁵³.

Essa conformação se espalha a todo e qualquer ato administrativo, de modo a se poder dizer que o poder discricionário somente será considerado

No mesmo sentido, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 25: “Pelo exercício da discricionariedade, atende-se, simultaneamente, à lei, pela fidelidade a seus comandos, e ao interesse público diretamente apercebido, pela sua concreção individuada, sem solução de continuidade e sem excepcionalidade derogatória da legitimidade ou de legalidade, pois a lei é o interesse público cristalizado, como o interesse público é a razão de ser da lei (...).”

²⁵¹ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 28. A autora destaca que ainda hoje a prática de atos administrativos ilegais travestidos de atos discricionários é fenômeno corrente e – o que é pior – chancelado pelo Poder Judiciário, sob a escusa de que não pode interferir no mérito do ato administrativo: “(...) as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa (sic), permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites da lei.” Ainda sobre o controle de legalidade dos atos administrativos discricionários, cf.: MOREIRA NETO, D. F. **Legitimidade** ... op. cit., p. 57-63. Na Europa, sobre o desenvolvimento legislativo e jurisprudencial da possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários (*principio di azionabilità*), cf.: GIANNINI, M. S. **Diritto** ... op. cit., p. 478-479.

²⁵² DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 29-39.

²⁵³ SANCHEZ MORÓN, M. **Discrecionalidad** ... op. cit., p. 103-112. Fundado no art. 103.1, da Constituição Espanhola, segundo o qual “*La Administración Pública ... actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, defende-se a impossibilidade de atuação administrativa *contra legem* e *contra ius*.

legítimo se exercido nos limites da legalidade²⁵⁴. Na síntese de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Estes termos ou essas premissas iniciais deixam evidenciado que no Estado de Direito e no modelo constitucional (...) todo desempenho administrativo (e assim também o chamado ‘poder’ discricionário) só pode existir como um poder ‘intra’ legal e estritamente dependente da lei, estritamente subordinado à lei. Por isto – já se vê – o ‘poder’ discricionário *jamaís poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto*, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbitrio*, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.”²⁵⁵

Mais do que vinculado à legalidade, o ato administrativo praticado a pretexto do exercício do poder discricionário que afronte a Constituição e/ou a legislação infraconstitucional representa desvio ou abuso de poder, podendo ser objeto de controle jurisdicional. Logo, o exercício do poder discricionário, por ser limitado pelo direito, não deve ser blindado da análise de constitucionalidade e legalidade pelo Poder Judiciário²⁵⁶.

Transportadas essas noções ao âmbito da administração penitenciária, parece correto afirmar que a negação de direitos aos condenados decorreu mais da concepção de discricionariedade administrativa dominante nos séc. XVIII e XIX do que de um caráter inquisitório do processo penal, transportado para a execução penal.

²⁵⁴ GIANNINI, M. S. **Direito** ... op. cit., p. 479-480; BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10-11: “(...) o próprio Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. (...). Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício do ‘poder’ discricionário. A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos – Estado e indivíduos.” – g.n. –

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 13. Em igual sentido, cf.: DI PIETRO, M. S. **Discricionariedade** ... op. cit., p. 40-41.

²⁵⁶ Sobre a extensão do controle jurisdicional dos atos discricionários, cf.: BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Grandes** ... op. cit., p. 49 e ss.

Tanto isso é verdadeiro que mesmo em um ambiente execucional administrativizado, fatores completamente alheios à dogmática dos sistemas processuais penais – deve-se recordar que, inicialmente, sequer se cogitava de um processo de execução penal – interferiram no reconhecimento gradativo de direitos aos condenados.

É o caso da polêmica em torno dos fins da pena, que nada diz diretamente com a natureza jurídica da execução penal, mas que contribuiu para com a humanização das relações entre os condenados e a administração penitenciária. Nesse contexto, aponta-se como fator de redução do caráter totalitário do ambiente execucional a atribuição de caráter correccional à pena:

“O preso estava, assim, num estado de completa sujeição, submetido ao poder arbitrário e absoluto da administração carcerária, sem direito algum. **Uma mudança de enfoque só se torna possível quando surge e se afirma, ao lado da função meramente punitiva uma proclamada finalidade recuperativa, através da qual se procura atribuir à pena um sentido mais humano.** Esse novo sentido da pena remonta ao direito canônico e, sobretudo, à inspiração religiosa de alguns pioneiros.”²⁵⁷ – g.n. –

Além disso, tanto nos países de base *common law* (*hands off doctrine*) como nos de base *civil law* (relações especiais de poder), o reconhecimento de alguns direitos aos condenados precedeu a afirmação da possibilidade de intervenção jurisdicional no âmbito execucional. Não se está a negar que, historicamente, o fortalecimento do *status* de sujeito de direitos aos cidadãos condenados cresceu exponencialmente com a jurisdicionalização da execução. Por outro lado, seria inapropriado inferir uma “relação causal absoluta” entre administrativização execucional e negação de direitos aos condenados.

²⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos Presos**: um problema de um mundo sem lei. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2. No mesmo sentido, cf.: RODRIGUES, A. M. **A Posição** ... op. cit., p. 179: “Numa execução orientada de forma primordial pela finalidade de reinserção social, a compreensão da realidade traduzida pelo binômio ‘ordem e segurança’ afasta-se, necessariamente, da tradicional. De fato, quando o campo de interação num estabelecimento penitenciário deixa de ser (in)definido como um ‘espaço vazio’ no sentido de conformar uma especial relação de poder e passa a ser entendido como um ‘campo de tratamento’, no sentido ativo e positivo que lhe imprimem as exigências de um Estado de direito social, a ordem e a segurança só secundariamente devem ser prosseguidas através da aplicação de medidas que conlevam um significado necessariamente repressivo.”

Em outros termos, pode-se concluir que a negação do *status* de sujeito de direitos nas relações entre o indivíduo e o Estado dimanou, em larga medida, da aplicação da peculiar concepção de discricionariedade administrativa forjada no Estado de Polícia e transportada ao Estado de Direito – e das relações especiais engendradas a partir dela –, fato este que se não limitou ao ambiente executivo²⁵⁸.

Ainda que se pudesse imaginar, na atualidade, que a execução penal estivesse atrelada aos domínios exclusivos do direito administrativo, seria impensável manter as relações entre o condenado e a administração penitenciária segundo um conceito de poder discricionário forjado no séc. XVIII e imprestável em um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha de raciocínio, não há, na origem, relação direta entre sistema inquisitório e execução penal administrativizada. Na modernidade, seria perfeitamente possível pensar em uma execução administrativa, regida pelo princípio dispositivo, ou um processo de execução jurisdicionalizado, porém orientado pelo princípio inquisitivo²⁵⁹.

O fator preponderante que possibilitou a vinculação da lógica inquisitorial com a execução penal atrelada aos domínios da administração penitenciária derivou sobremaneira da forma como se concebia o poder discricionário quando da formação do direito de execução penal.

Logo, o centro do debate a respeito da execução penal de natureza administrativa deveria ser deslocado para a superação da concepção de poder discricionário prevalente no Estado de Direito – e superada desde o Estado Social

²⁵⁸ RODRIGUES, A. M. **A Posição** ... op. cit., p. 29. Com fundamento em Konrad HESSE, aponta-se a existência de “*relações especiais diversificadas de sujeição*” desenvolvidas em variadas áreas, e que possuem como denominador comum o fato de que modificam, em alguma maneira, o *status* do cidadão.

²⁵⁹ LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 372-373: “Nada impede que tenhamos uma atividade processual, que se desenvolva frente a um juiz imparcial e com todas as garantias inerentes à magistratura, e, ao mesmo tempo, de natureza inquisitiva. Basta analisarmos o processo penal brasileiro. (...) **Por outro lado, um procedimento administrativo pode orientar-se rigidamente pelo sistema acusatório, desde que atribua exclusivamente às partes a iniciativa/gestão probatória, bem como a iniciativa procedimental (necessidade de invocação e vedação da atividade acusatória de ofício, por parte de julgador).**” – g.n. –

– que ainda impera em largos espaços da execução penal, independentemente de seu caráter administrativo ou jurisdicional.

É o que se vê, exemplificativamente, em julgado recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abordando o direito de trabalho dos presos:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. SERVIÇO EXTERNO. EXERCÍCIO TAMBÉM AOS SÁBADOS. **Conquanto a Lei de Execução Penal não vede o exercício do serviço externo também aos sábados, é firme a jurisprudência desta Corte quanto à ampla discricionariedade do juiz da execução na fixação das regras a serem observadas, para concessão do benefício.** Hipótese na qual, em que pese o empregador tivesse declarado a necessidade de poder contar com o trabalho do reeducando também aos sábados, a negativa do pleito não foi arbitrária, mas firmada em situação concreta daquela Comarca, relativa aos problemas que vinha enfrentando com os presos liberados aos sábados (ingestão de bebidas alcoólicas e drogas), sendo que, depois da padronização dos horários, verificou-se uma grande redução daqueles índices. Decisão mantida. AGRAVO EM EXECUÇÃO IMPROVIDO.” – g.n. – (TJ/RS – AgExec 70053858965, Rel. Fabianne Breton Baisch, Julg. 14.8.2013)

O exemplo é emblemático – ainda que não seja isolado²⁶⁰ – dado evidenciar que, mesmo em uma execução penal que permite controle jurisdicional e é orientada pelo princípio da legalidade, pode-se seguir utilizando conceitos oriundos do séc. XVIII para anular direitos individuais expressamente positivados do cidadão condenado (arts. 36 e 37, da LEP).

Assim, um passo essencial para discutir com seriedade e de forma desapassionada a natureza do sistema de execução penal consiste em abandonar a conhecida lógica de aplicar conceitos novos – ou ao menos renovados – pela lógica antiga, mantendo-se tudo como sempre esteve.

²⁶⁰ Outro exemplo, em situação diversa, envolvendo questões sobre progressão de regime: "1. O agravante mostra inconformidade com a decisão que determinou a realização de exames criminológicos para a aferição da presença do requisito subjetivo à progressão de regime. 2. **Para a progressão do regime carcerário, é dispensável a realização de exame criminológico, cuja realização, no entanto, pode ser determinada pelo juízo de acordo com a necessidade do caso concreto.** Súmula vinculante nº 26. 3. Hipótese em que foi suficientemente justificada a determinação da realização dos exames." - g.n. - (TJ/RS - AgExec 70055556211, Rel. Julio Cesar Finger, Julg. 11.9.2013)

2.3. Questões dogmáticas em torno da jurisdicionalização da execução

Considerável parcela da doutrina compreende ser suficiente a jurisdicionalização do processo executacional para que se tenha um modelo democrático de execução penal. Como se viu, é inequívoco que o movimento de jurisdicionalização representou importante conquista civilizatória no âmbito penitenciário, no caminho da ruptura da visão objetificante do indivíduo encarcerado, conferindo-lhe formalmente *status* de sujeito de direitos.

Não se nega, portanto, que pensar a execução penal a partir da lógica puramente administrativista – até os dias de hoje marcada indevidamente, no campo penitenciário, por poderes discricionários (ou por *relações especiais de poder*) completamente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito – representa expropriar direitos individuais do condenado, para além daqueles limitados por força da sentença penal condenatória.

Por outro lado, jurisdicionalizar a execução penal pode não ser a solução para os desmandos e arbitrariedades face ao indivíduo condenado, pois é plenamente possível que se pense em uma execução jurisdicionalizada, porém de matriz antidemocrática ou inquisitorial²⁶¹.

Ainda assim, a partir do momento em que se insere a legalidade como princípio de observância estrita – ao menos idealmente – no campo da execução penal, há um movimento dogmático e legislativo, em diversos países, tendente a atrair para a seara jurisdicional a tutela de direitos dos cidadãos condenados²⁶².

No que diz com o aspecto dogmático, a jurisdicionalização da execução penal é acompanhada do desenvolvimento de uma teoria processual que possa

²⁶¹ CARVALHO, S. Execução ... op. cit., p. 211. Prova disso, no Brasil e em outros países do globo, é a superpopulação carcerária que não cessa de aumentar. Nas palavras de Maria Thereza Uille GOMES, "o sistema penitenciário brasileiro agoniza". (GOMES, Maria Thereza Uille. Eficiência na Gestão e Direitos Humanos: Breve Ensaio sobre a Experiência que Levou à Redução da Superlotação Carcerária no Estado do Paraná. In: BUSATO, P. C. (Coord.). **Questões** ... op. cit., p. 373.

²⁶² Um breve panorama da jurisdicionalização da execução penal pode ser consultado em: CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 46-61; ALONSO DE ESCAMILLA, A. **El Juez** ... op. cit., p. 73-102; ALONSO DE ESCAMILLA, A. La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado: sus relaciones con la Administración Penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 39, fasc. 1, 1986, p. 75-88.

dar conta da realidade executiva. Afinal, se existe jurisdição na execução, é necessário reconhecer, por exemplo, que o exercício do poder jurisdicional não se exaure ao final do processo de conhecimento. É nesse sentido que assumir a natureza jurisdicional da execução penal passa necessariamente pela compreensão exata acerca do conceito de jurisdição que se adota:

"O problema relativo à natureza jurídica da execução penal é obviamente subordinado à noção de jurisdição que se decide por acolher: se a jurisdição, de fato, é compreendida em sentido lato, segundo o desenvolvimento de uma clara concessão juspublicística, como a função voltada à atuação do direito, não há dúvida que igual legitimidade do reconhecimento jurisdicional tem a execução em relação à fase de conhecimento; a mesma conclusão parece possível alcançar acolhendo-se a noção de jurisdição como aplicação de uma sanção. Ao contrário de outros conceitos, que enfatizam ou a forma e estrutura do procedimento jurisdicional, ou o efeito característico de uma determinada atividade (passagem em coisa julgada), e tornam mais difícil, senão impossível, a tarefa de enquadrar nos esquemas da jurisdição a fase executiva."²⁶³

Igualmente, a relação estreita entre a concepção de jurisdição e a natureza jurídica da execução penal remete, de forma indissociável, à diferenciação entre jurisdição e administração²⁶⁴.

No estudo das concepções prevalentes a respeito do conceito de jurisdição aplicável à execução penal – e de sua diferenciação em face do conceito de

²⁶³ GIANZI, Giuseppe. **L'incidente nella Esecuzione Penale**. Napoli: Morano, 1965, p. 13-14. [Trad. de: "Il problema relativo alla natura giuridica della esecuzione penale è ovviamente subordinato alla nozione di giurisdizione, che si ritenga di dover accogliere: se la giurisdizione, infatti, è intesa in senso lato, secondo lo sviluppo di una nota concezione giuspublicistica, come la funzione volta all'attuazione del diritto, non vi è dubbio che eguale legittimità del riconoscimento giurisdizionale ha la esecuzione rispetto alla cognizione; del pari alla stessa conclusione sembra potersi pervenire accogliendo la nozione di giurisdizione come applicazione di sanzione. Al contrario altre concezioni che pongono l'accento o sulla forma e la struttura del procedimento giurisdizionale o sull'effetto caratteristico di una determinata attività (passaggio in cosa giudicata) rendono più difficile se non addirittura impossibile il compito di inquadrare negli schemi della giurisdizione la fase esecutiva."]

²⁶⁴ CATELANI, G. **Manuale** ... op. cit., p. 5: "(...) ocorre, a nosso aviso, individualizar os exatos limites do conceito de jurisdição em geral e, mais especificamente, de jurisdição penal, distinguindo-a da administração em sentido objetivo e também da atividade administrativa." [Trad. de: "(...) ocorre, a nostro avviso, individuare gli esatti limiti del concetto di giurisdizione in generale e, più specificamente, di giurisdizione penale, distinguendola dall'amministrazione in senso oggettivo e cioè dell'attività amministrativa." No mesmo sentido: MARSICH, P. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 38; SANTORO, A. **L'esecuzione** ... op. cit., p. 136.

administração –, deve-se ir além das concepções subjetivista e objetivista que definem o poder jurisdicional, pois muito embora partam de bases completamente distintas, chegam a uma mesma conclusão no que diz com a negação do caráter jurisdicional no campo executório.

A tese subjetivista encontra em Francesco CARNELUTTI seu principal expoente. O conceito de jurisdição formulado pelo autor está essencialmente vinculado ao conceito de lide, cerne, por muito tempo, de sua teoria geral – ou unitária – do processo.

Como CARNELUTTI “*mudou seu posicionamento sobre a lide no processo penal de modo absoluto, ou seja, de um acolhimento integral, no início, para uma negação total mais tarde*”²⁶⁵, é necessário enveredar, ainda que brevemente, pelo pensamento do autor em cada um dos distintos momentos para compreender os diversos fundamentos à negação do caráter jurisdicional da execução penal²⁶⁶.

Nas *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (1926), CARNELUTTI constroi detalhadamente o conceito de lide, definindo-o como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita²⁶⁷. O vínculo entre a lide e a jurisdição – concebida como função processual²⁶⁸ – é estabelecido quando se afirma que o *dicere ius* existe exclusivamente no processo de conhecimento, pois é nele que o juiz exerce atividade cognoscitiva com o escopo de formar um comando para a composição da lide²⁶⁹.

Ao atribuir ao processo de conhecimento o escopo de formação de um comando, CARNELUTTI vê na execução o fim de realização do comando formado,

²⁶⁵ COUTINHO, J. N. M. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 20.

²⁶⁶ O objetivo, nesse momento, é apenas o de apresentar os fundamentos que levaram CARNELUTTI a negar o caráter jurisdicional à execução penal e, portanto, não será realizado estudo aprofundado sobre o conteúdo do processo penal de conhecimento e de execução.

²⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. v. I. Padova: Cedam, 1926, p. 302. Sustenta-se, inicialmente, que a lide no processo penal existiria entre o autor do crime e a vítima, em posição bastante difícil de sustentar, notadamente a se levar em consideração o processo penal italiano, em que a vítima não é legitimada ativa para o exercício da ação penal. Nesse sentido, cf.: CARNELUTTI, F. Lite e Funzione Procesuale. **Rivista di Diritto Procesuale Civile**. Padova, Cedam, 1928, p. 31.

²⁶⁸ CARNELUTTI, F. **Lezioni** ... op. cit., v. II, p. 60.

²⁶⁹ CARNELUTTI, F. **Lezioni** ... op. cit., v. II, p. 58.

entendendo-a como fase última do processo de realização²⁷⁰. E ainda que a execução se desenvolva em um processo – afinal, fala-se em processo executivo –, não haveria que se falar, aqui, em exercício de jurisdição²⁷¹.

Em momento posterior, mormente nas *Lezioni sul Processo Penale* (1946) – quando é negada a lide como conteúdo do processo penal²⁷² –, CARNELUTTI afirma que as jurisdições civil e penal são espécies de um mesmo fenômeno, explicitando que no processo penal a jurisdição se manifesta mediante a comprovação do delito e a aplicação da pena. À comprovação do delito corresponde uma jurisdição de cognição e à aplicação da pena corresponde uma jurisdição de execução²⁷³.

Através da jurisdição de cognição, o juiz declara positiva ou negativamente a certeza do delito, absolvendo ou condenando o cidadão imputado. Na jurisdição executiva é desenvolvida atividade puramente material, de modo que a expressão “*jurisdição*” não refletiria com exatidão a atividade desenvolvida na esfera executiva: “*aqui não se trata, em verdade, de*

²⁷⁰ CARNELUTTI, F. *Lezioni* ... op. cit., v. II, p. 58.

²⁷¹ CARNELUTTI, F. *Lezioni* ... op. cit., v. II, p. 60; COUTINHO, J. N. M. *A lide* ... op. cit., p. 34: “Daí o autor não aceitar que se fale em juízo (juízo executivo) e jurisdição quando se tratar de processo executivo. Faltaria, sempre segundo o seu modo de encarar o tema, uma correspondência aos rigores exigidos por uma linguagem científica. Afinal, juízo e jurisdição apareceriam como sinônimos de processo e função processual.”

²⁷² CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1950, p. 156-157.

²⁷³ CARNELUTTI, F. *Lecciones* ... op. cit., v. II, p. 145-146. Nesse aspecto, a distinção entre jurisdição de cognição e de execução parece bastante confusa e oscilante. Isso porque ao estabelecer as relações entre o processo e a pena, CARNELUTTI aduz inicialmente que a expiação se desenvolve como atividade processual: “(...) com efeito, a pena é processo, não só enquanto *procede do delito*, senão ademais enquanto *se atua através de uma evolução*: desde a primeira suspeita do delito, que põe em movimento o mecanismo judicial, ao último ato, que encerra a expiação, o castigo se desenvolve a maneira de uma cadeia, a que o conceito de processo corresponde exatamente. (...) devem, desde logo, distinguir-se (...) o juízo da expiação, porém o processo não se limita em absoluto ao primeiro.” (CARNELUTTI, F. *Lecciones* ... v. I, op. cit., p. 70-71. [Trad. de: “(...) en efecto, la pena es proceso, no sólo en cuanto *procede del delito*, sino además en cuanto *se actúa a través de una evolución*: desde la primera sospecha del delito, que pone en movimiento el mecanismo judicial, al último acto, que cierra la expiación, el castigo se desarrolla a manera de una cadena, a la que el concepto de proceso corresponde exactamente. (...) deben, desde luego, distinguirse (...) el *juicio* de la *expiación*, pero el proceso no se limita en absoluto a la primera.”]).

estabelecer relações jurídicas, senão somente de manifestar as posições materiais que correspondem a elas.”²⁷⁴

Ao negar a existência da lide como definidora do conteúdo do processo penal – o que segundo CARNELUTTI, desnaturaria o seu caráter contencioso, aproximando-o de um processo voluntário e, portanto, da atuação administrativa

²⁷⁴ CARNELUTTI, F. **Lecciones** ... op. cit., v. II, p. 146. [Trad. de: “(...) aquí no se trata, en verdad, de establecer relaciones jurídicas sino sólo de poner de manifiesto las posiciones materiales que corresponden a ellas (...)” No primeiro volume da mesma obra, reforça-se a posição ao asseverar que “*no se puede establecer, ao contrário, separação alguma entre pena e juízo, não tanto porque pelo juízo se aplica a pena, quanto porque a pena se resolve no juízo e o juízo na pena.*” (CARNELUTTI, F. **Lecciones** ... op. cit. v. I, p. 71. [Trad. de: “No puede establecerse, por el contrario, separación alguna entre pena y juicio, no tanto porque por el juicio se aplica la pena, cuanto porque *la pena se resuelve em el juicio.*”]). Novamente no segundo volume das *Lecciones*, poucas linhas após afirmar que custa trabalho contemplar na jurisdição executiva – que segundo o próprio autor, seria desenvolvida como atividade processual – atividade jurídica em lugar de pura atividade material, CARNELUTTI afirma considerar a jurisdição penal um gênero, que comporta as espécies jurisdição de cognição e jurisdição de execução: “A *jurisdição executiva*, pelo contrário, deixa ver somente ao microscópio os caracteres denotados por esse nome. A simples vista custa trabalho inclusive contemplar nela uma atividade jurídica em lugar de uma pura atividade material (...). E ainda quando se terminou por reconhecer o caráter processual da mesma, isso é, a substancial unidade com a cognição, pareceu a alguns, ao menos a mim, que tal unidade em geral não se pudesse expressar atribuindo a uma e a outra atividade aquele nome de jurisdição, cujo claro significado repugna à pura execução; (...) por isso eu opus, no terreno civil, o processo executivo ao processo jurisdicional e considerarei a atividade jurisdicional como uma espécie de atividade processual junto à atividade executiva. Esse ponto de vista, ainda que não se deva exagerar a importância de uma questão terminológica, parece-me, sem embargo, fundado quanto ao processo civil; (...) no processo penal, ao contrário, o valor do pronunciamento, que encerra a cognição, é e deve ser, sem comparação, menos elevado, de maneira que a distinção entre as duas hipóteses perde o significado da antítese; como já na primeira não só se julga senão que, inevitavelmente, para julgar se castiga, é inevitável julgar. Eis aqui porque a profunda diferença, quanto a esse tema, entre processo civil e processo penal, me induz a estender ao conceito de jurisdição também a execução penal e, por isso, a fazer da jurisdição penal um gênero, o qual se distingue em jurisdição de cognição e jurisdição de execução.” (CARNELUTTI, F. **Lecciones** ... op. cit. v. II, p. 146-147. [Trad. de: “La *jurisdicción ejecutiva*, por el contrario, deja ver solamente al microscopio los caracteres denotados por este nombre. A simple vista cuesta trabajo incluso el contemplar en ella una actividad jurídica en lugar de una pura actividad material (...). Y aun cuando se terminó por reconocer el carácter procesal de la misma, esto es, la sustancial unidad con la cognición, le pareció a alguno, al menos a mí, que tal unidad en general no se pudiese expresar atribuyendo a la una y a la otra actividad aquel nombre de jurisdicción, cuyo claro significado repugna a la pura ejecución; (...) por eso yo opuse, en el terreno civil, el proceso ejecutivo al proceso jurisdicional y consideraré la actividad jurisdicional como una especie de la actividad procesal junto a la actividad ejecutiva. El cual punto de vista, aunque no se deba exagerar la importancia de una cuestión de terminología, me parece, sin embargo, fundado en cuanto al proceso civil; (...) en el proceso penal, por el contrario, el valor del pronunciamiento, que cierra la cognición, es y debe ser, sin comparación, menos alto, de manera que la distinción entre las dos hipótesis pierde el significado de antítesis; como ya en la primera no sólo se juzga sino que, inevitablemente, para juzgar se castiga, así en la segunda no sólo se castiga sino que, para castigar, es inevitable juzgar. He aquí por qué la profunda diferencia, en cuanto a este tema, entre proceso civil y proceso penal, me induce a extender el concepto de jurisdicción también a la ejecución penal y, por eso, a hacer de la jurisdicción penal un genero, el cual se distingue en jurisdicción de cognición y jurisdicción de ejecución.” Talvez essa parte da obra merecesse, isoladamente, uma tese. Contudo, é possível afirmar com segurança que o próprio CARNELUTTI encontra muitas dificuldades para justificar a inexistência de jurisdição na execução penal, notadamente quando afirma que na execução se desenvolve atividade processual e que há uma jurisdição executiva, porém em aparente contradição, negue caráter jurisdicional à execução penal.

do Estado²⁷⁵ –, tanto a fase de conhecimento como a execução penal passam a se voltar a um *affare*²⁷⁶, que ocuparia o lugar da lide no processo penal e seria concebido como um encargo punitivo do qual o Ministério Público deveria se desincumbir, promovendo a punição dos culpados através de uma autorização dada pela sentença condenatória: “*a assim chamada sentença de condenação não é a decisão de uma lide, mas a autorização ao cumprimento de um affare, vale dizer, a punição de um culpado.*”²⁷⁷

Como se vê, em ambas as propostas formuladas – inserindo ou não a lide como conteúdo do processo penal –, CARNELUTTI aproxima a execução penal da atividade administrativa do Estado, elidindo o caráter jurisdicional na seara executiva.

Não se chega a outra conclusão – ao menos nesse ponto – quando analisada a concepção objetivista de jurisdição defendida por Giuseppe CHIOVENDA, ainda que ela represente nítido avanço em relação à concepção de poder jurisdicional de CARNELUTTI.

Ao tratar da natureza jurídica do poder jurisdicional, CHIOVENDA o situa como um mecanismo de atuação do poder soberano do Estado, juntamente com

²⁷⁵ Ao distinguir jurisdição contenciosa e voluntária, Carnelutti desde sempre deixou claro que o exercício daquela teria por escopo dirimir conflitos, ao passo que esta seria voltada à produção de efeitos determinados em lei, independentemente da existência de uma lide. Nesse sentido, cf.: CARNELUTTI, F. **Proceso Civil de Cognición**. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 67.

²⁷⁶ CARNELUTTI, F. **Istituzioni del Processo Civile Italiano**. 5^o ed. Roma: Soc. Ed. del ‘Foro Italiano’, 1956, p. 19-20: “*Affare* é, portanto, um interesse ou um grupo de interesses relativos aos quais se põem, no conflito com um ou mais interesses outros, a exigência do cumprimento de um ato para a sua tutela segundo o direito (negotium = da nec otium).” [Trad. de: “*Affare* è pertanto un interesse o un grupo d’interesse, rispetto al quale si pone, nel conflitto con uno o più interessi altrui, l’esigenza del compimento di un atto per la sua tutela secondo il diritto (negotium = da nec otium).” CARNELUTTI, F. **Principi del Processo Penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 51-2: “Para o conteúdo do processo civil voluntário, em antítese ao conceito de lide, eu propus o conceito de *affare*. (...) *Affare*, no sentido puro da palavra, é algo que se deve fazer (é **da fare** ou **a fare**) para a satisfação de um interesse; (...) é portanto também aquele do Ministério Público, que deve promover a punição dos culpados (...).” [Trad. de: “Per il contenuto del proceso civile volontario in antitesi al concetto della lite, io ho proposto il concetto dell’*affare*. (...) *Affare*, nel senso puro della parola, è qualcosa, che si deve fare (è **da fare** o **a fare**) per il soddisfacimento di un interesse; (...) e pertanto anche quello del pubblico ministero, che deve provvedere alla punizione dei colpevoli (...).”]

²⁷⁷ CARNELUTTI, F. **Crisi della Giustizia Penale. Rivista di Diritto Procesuale**. Padova, Cedam, 1958, p. 340. [Trad. de: La cosiddetta sentenza di condanna non è la decisione di una lite ma l’autorizzazione al compimento di un *affare*, cioè alla punizione del colpevole.” A respeito dessa passagem, COUTINHO destaca que “Assim, o Ministério Público aciona o órgão jurisdicional, como determina a lei, porque tem interesse na punição, mas para tanto precisa de uma autorização, que advém com a sentença de condenação.” (COUTINHO, J. N. M. **A lide** ... op. cit., p. 103)

as funções legislativa e executiva²⁷⁸. E vê na substitutividade um critério distintivo entre jurisdição e as demais atividades estatais:

“Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”²⁷⁹

Ao afastar a necessidade de elementos subjetivos, tal qual o conflito de interesses, como essenciais à atuação do poder jurisdicional – aqui reside o cerne da distinção face à concepção subjetivista²⁸⁰ –, adverte-se que a jurisdição difere das demais funções estatais em face da coisa julgada. Essa posição fica clara quando CHIOVENDA distingue jurisdição contenciosa e voluntária²⁸¹.

Essas premissas orientam a posição objetivista, que conceitua jurisdição a partir do radical etimológico latino da expressão (*iuris dictio/dicere ius*) como o poder de dizer o direito no caso concreto, de forma cogente e vinculante entre as partes, vale dizer, com autoridade de coisa julgada. Esses caracteres atribuídos ao poder jurisdicional também fazem com que CHIOVENDA não enxergue na execução penal exercício vero e próprio da jurisdição:

"(...) a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*: é – queremos dizer – a *substituição* de uma atividade pública a uma atividade alheia. Opera-se essa substituição por dois modos correspondentes aos dois estádios do processo, cognição e execução. a) Na cognição, a jurisdição consiste na

²⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 4-5.

²⁷⁹ CHIOVENDA, G. **Instituições** ... op. cit., p. 3.

²⁸⁰ COUTINHO, J. N. M. **A Lide** ... op. cit., p. 77: “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura do processo que ‘prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes’.”

²⁸¹ CHIOVENDA, G. **Instituições** ... op. cit., p. 17: “A jurisdição voluntária é, por conseguinte, uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e *pertencente à função administrativa*, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares. (...) E essa diferenciação encerra grande importância prática, porque: a) O provimento de jurisdição voluntária, como ato de pura administração, não produz por si *coisa julgada*; (...)”

substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei *concernente* às partes. (...). b) **E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só executável pelos órgãos públicos, tal execução *em si* não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal.**"²⁸² – g.n. –

Em resumo, a concepção de CHIOVENDA nega caráter jurisdicional à execução penal, “*posto que a atuação definitiva da vontade da lei expressa na sentença somente se pode fazer por órgãos públicos*”²⁸³ diversos do órgão jurisdicional, sendo que este exaure a sua função com a formação da coisa julgada.

Portanto, pode-se afirmar que, ao menos no que diz com a negação do caráter jurisdicional da execução penal, as teses de CARNELUTTI e CHIOVENDA se aproximam.

Na doutrina da execução penal, os que negaram em absoluto a existência de jurisdição na execução penal no Brasil seguiram em essência a posição de CHIOVENDA. É o caso de Fernando de Albuquerque PRADO, que ao justificar a opção pela tese administrativista, inicia distinguindo as funções administrativa e jurisdicional a partir de três critérios complementares:

“a) o administrador age espontaneamente, ao passo que o Juiz deve ser provocado para poder julgar; b) o primeiro adota, sempre, medidas preventivas para evitar as violações da lei, enquanto este último reprime uma violação da lei já ocorrida; c) a administração cria, com seus atos, situações

²⁸² CHIOVENDA, G. **Instituições** ... op. cit., p. 11.

²⁸³ PRADO, F. A. **Estudos** ... op. cit., p. 163. No mesmo sentido da conclusão: PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A.; PAVARINI, M. **Teoria** ... op. cit., p. 282: “(...) se a jurisdição se esgota (enquanto poder caracterizado pela substitutividade e pela formação de coisa julgada, segundo a concepção objetivista de Giuseppe Chiovenda) com o trânsito em julgado da sentença, é coerente que se afirme ser a execução atividade meramente administrativa, faltando à função exercida pelo juiz de execução os caracteres distintivos da função jurisdicional.”. Com base em outros fundamentos, mas atingindo a mesma conclusão, cf.: MARSICH, P. **L’esecuzione** ... op. cit., p. 65.

jurídicas novas, ao passo que o Juiz, sem nada criar, assegura no seu julgamento uma situação já existente.”²⁸⁴

A partir da distinção promovida, e em que pese reconhecer que “*por meio da execução também se torne efetivo o direito*”²⁸⁵, o autor busca em CHIOVENDA – notadamente no caráter substitutivo da jurisdição, que inexistiria na execução – os fundamentos para negar caráter jurisdicional à execução penal:

“A nós nos parece, igualmente, que a verdadeira natureza da execução penal é de ato de administração porém, principalmente, pelo fato de que nela o Estado age como um poder soberano para a realização dos seus próprios interesses. Se, ao contrário, a execução fosse um ato jurisdicional, o órgão executivo estaria vinculado aos interesses de outros.”²⁸⁶

A insuficiência das concepções de jurisdição analisadas – para o escopo pretendido, de enxergar jurisdição na execução – demanda então que se busque outro referencial, a partir do qual seja possível, do ponto de vista dogmático, sustentar a jurisdicalização da execução penal.

Neste sentido, é necessário que o conceito de jurisdição adotado incorpore o poder de realização concreta do dever de punir do Estado, afirmado e limitado através da sentença condenatória²⁸⁷. Somente dessa forma seria possível justificar a existência de jurisdição na execução penal.

A partir desse pressuposto, e ainda que não apresente um conceito próprio de jurisdição, Jorge de Figueiredo DIAS aponta para uma concepção de poder jurisdicional abrangente do processo de conhecimento e de execução, ao

²⁸⁴ PRADO, F. A. **Estudos** ... op. cit., p. 162

²⁸⁵ PRADO, F. A. **Estudos** ... op. cit., p. 164.

²⁸⁶ PRADO, F. A. **Estudos** ... op. cit., p. 164. No mesmo sentido, cf.: MARRONE, José Marcos. Há jurisdição na execução penal? **Revista Justitia**. São Paulo, a. 44, nº 116 (jan/mar), 1965, p. 82-96.

²⁸⁷ Adotando-se um conceito de jurisdição que incorpore a realização concreta do dever de punir estatal, pode-se então afirmar, na linha do que defende Sidnei BENETI, que “*no rigor técnico, é execução penal apenas a da sentença condenatória e a da sentença penal absolutória com imposição de medida de segurança (...)*” (BENETI, S. **Execução** ... op. cit., p. 3). No mesmo sentido: NUNES, A. **Da Execução** ... op. cit., p. 50; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Execução Penal. **Revista dos Tribunais**. a. 76, v. 623 (set. 1987), p. 257-263. A posição não é unânime. Em sentido diverso, há quem defenda que também a sentença penal absolutória comporta execução. Nesse sentido, cf.: MARSICH, P. **L’escuzione** ... op. cit., p. 11.

compreender como fim do processo penal "*a afirmação (realização) do direito substantivo que corresponde ao objecto do processo*"²⁸⁸.

Esse ideal de realização do direito substantivo é reforçado pelo autor após criticar a concepção de que o processo se presta apenas à obtenção de uma sentença com força de coisa julgada²⁸⁹, quando assevera que "*o processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito ao caso concreto, hic et nunc válido e aplicável.*"²⁹⁰

A incorporação da realização concreta do direito na concepção de poder jurisdicional abre portas para que se desenvolva a trilogia do direito processual penal ao âmbito do processo de execução penal. A matéria é indiscutivelmente fértil ao desenvolvimento dogmático, mormente pela pouca produção teórica tributada ao tema.

Dois exemplos comprovam os espaços em aberto ao desenvolvimento dogmático da trilogia processual aplicada ao campo executivo penal.

²⁸⁸ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 40-41. Igualmente sem apresentar um conceito de jurisdição, mas também apontando como função imanente ao poder jurisdicional a realização concreta do poder punitivo estatal, cf.: BENETI, S. **Execução** ... op. cit., p. 6.

²⁸⁹ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 41-42: "Um marco fundamental na questão foi posto por J. GOLDSCHMIDT, ao assinalar como fim do processo, fosse penal ou civil, a *obtenção de uma sentença com força de caso julgado*. (...) concebe-se o processo, todo ele, orientado por e para o caso julgado, como 'fim em si mesmo'. **Deste modo, todavia, não só se opera uma insuportável cisão entre direito substantivo e direito processual, como, sobretudo, acaba por impedir-se a obtenção de qualquer critério de valoração das normas e problemas processuais.**" – g.n. –

²⁹⁰ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 46. A ideia de que a jurisdição engloba a aplicação do direito material vem também expressa ao tratar da função e características do juiz e dos tribunais penais, na p. 302 da mesma obra: "No que toca ao processo penal quer-se por este modo significar serem os tribunais os *únicos* órgãos competentes para, como representantes da comunidade jurídica e do poder oficial do Estado em que aquela se constitui, *decidirem* os casos jurídico-penais que processualmente sejam levados à sua apreciação, aplicando o direito penal substantivo." No Brasil, em posição semelhante à defendida por FIGUEIREDO DIAS – ainda que com a ressalva de ser um autor adepto da teoria geral do processo –, cf.: MARQUES, J. F. **Da Competência em Matéria Penal**. 1ª ed., rev. atual. e compl. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000, p. 2-3: "(...) a norma legal é um *prius* no tocante à jurisdição, pois os órgãos que exercitam esta função não fazem leis, mas impõem as existentes e as aplicam a um caso *hic et nunc*, transformando o comando abstrato da lei em comando concreto entre os interesses em litígio." A concepção de jurisdição adotada por FREDERICO MARQUES vai orientá-lo, em coerência com o seu pensamento, a identificar na execução atividade jurisdicional, como se pode evidenciar pouco adiante (p. 28), na mesma obra: "(...) é a execução, em nosso direito, atividade jurisdicional, por força mesmo da sistemático do código, que, além de atribuir a execução da pena ao judiciário (art. 668), deixa bem patente, em diversos dispositivos, que, na relação processual-executiva, o juiz a todo instante se substitui aos órgãos administrativos de aplicação da pena e ao condenado, para fazer atuar a vontade da lei."

O primeiro deles diz com a polêmica em torno da denominada **ação penal executiva**, cuja existência é negada por alguns²⁹¹, afirmada por outros como forma de ação judiciária²⁹² – e não como direito subjetivo de provocação do Poder Judiciário –, e afirmada por outros tendo como condição única a existência de uma sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria) transitada em julgado²⁹³.

Outro tema praticamente inexplorado no campo da trilogia processual executiva se refere ao **conteúdo do processo executivo**. Muito embora o conteúdo do processo de conhecimento seja objeto de amplo debate há mais de meio século, no processo executivo a discussão não sofreu qualquer verticalização.

Por essa razão, há ainda quem sustente conceitos como pretensão e conflito de interesses no âmbito do processo penal executivo, seja sob a fórmula

²⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 101: "Entendo não ser cabível, no processo penal, a distinção entre ações de conhecimento, execução e cautelares, porque a única existente é a de conhecimento. A execução penal não é ação, porque não há pedido de tutela jurisdicional específica. Trata-se de um procedimento complementar à sentença com incidentes próprios. Executa-se por ordem do juiz, *per officium iudicis*, independentemente da instauração de nova relação processual."

²⁹² TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105: "Pareceria difícil, à primeira vista, e, inequivocamente, num enfoque distorcido - isto é, tendo em vista, apenas, a ação da parte, e não a ação judiciária, em que aquela se subsume -, estabelecer a existência de ação penal de execução, tanto mais quanto se verifique a sua incoação independentemente de qualquer atuação parcial do agente da persecução penal finda, parte em sentido processual: assim que formado o título executivo, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, procede o juiz *ex officio*, ordenando as providências necessárias à satisfação do *ius puniendi*, prevalecente sobre o *ius libertatis*. Todavia, como, na realidade, a ação judiciária pode desenvolver-se autonomamente, ou seja, mesmo que não haja prévia ação da parte, determinante de sua efetivação, por certo que, na esfera penal, há lugar para a ação de execução, que se concretiza mediante atuação do Poder Judiciário competente para prover à satisfação do direito definitivamente reconhecido no processo penal de conhecimento."

²⁹³ PITOMBO, S. M. M. Execução ... op. cit., p. 257-258; NUNES, A. **Da Execução** ... op. cit., p. 50: "Nenhuma execução – do ponto de vista processual – pode ser iniciada sem a existência de um título executivo. No âmbito da execução da pena, este título executivo é a sentença penal condenatória transitada em julgado." Oportuno frisar que NUNES trata do título executivo no Capítulo 1.8 de sua obra, intitulado "*Pressupostos para o Início da Execução*". A sentença condenatória definitiva, contudo, parece não se enquadrar com exatidão no conceito de pressuposto processual, mas sim de condição da ação executiva, em moldes análogos à *punibilidade concreta*, pois a condenação pressupõe o reconhecimento de um fato punível, sendo que a formação da coisa julgada representaria condição para que o direito de ação executivo pudesse ser exercitado objetivando a concretização do dever de punir estatal. Na senda da teoria geral do processo, há quem importe condições da ação do processo civil – e definitivamente eliminadas de nosso ordenamento de direito positivo –, afirmando como condição da ação penal executiva a "*possibilidade jurídica do pedido*", que se consubstanciaria "*na existência da sanção no ordenamento jurídico*" (BENETI, S. A. **Execução** ... op. cit., p. 55).

da lide²⁹⁴ – estendendo ao processo de execução penal um conceito imprestável inclusive ao processo de conhecimento – ou sob o manto da lide penal, que possui deficiências análogas à proposta de CARNELUTTI²⁹⁵.

A partir dessas concepções, segue-se afirmando que a sentença criminal condenatória transitada em julgado autoriza o Estado a exercer o dever de punir e que engendra, portanto, um direito subjetivo à punição. No limite, sequer há a necessidade da instauração de um efetivo processo e da participação das partes na formação dos atos processuais penais²⁹⁶.

Em posição de vanguarda – e seguindo o caminho trilhado por Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO em relação ao conteúdo do processo penal de conhecimento –, André Ribeiro GIAMBERARDINO e Massimo PAVARINI estendem o caso penal não apenas como conteúdo da cognição, mas também da execução penal.

Efetivamente, partindo-se da tese segundo a qual o caso penal consiste em uma situação de dúvida a respeito da tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade de um fato que, ao menos em tese, adéqua-se a um tipo penal

²⁹⁴ FONSECA, André Gustavo Isola; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; WEISS, Carlos; BARROS, Carmen Silvia de Moraes; MATSUSHITA, Elizabete; SOARES, Flávia D’Urso Rocha; MARQUES, Franciane de Fátima; CARVALHO, Geraldo Sanchez; THOMAZ, Inês; MENDONÇA, Marilda Watanabe de; BLAGITZ, Melissa Garcia; MUNERATTI, Rafael Ramia. Considerações acerca da perda da remição prevista no artigo 127 da Lei de Execuções Penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 24, 1998, p. 93: “Apesar de ser um processo, a execução diferencia-se do de conhecimento pois seu desenvolvimento não é linear. É ela caracterizada pela sucessão de incidentes que determinam a forma de cumprimento do título executivo gerado pela sentença penal condenatória. Cada um desses incidentes, ainda que possam ser iniciados de ofício, possuem um pedido, uma pretensão, que na maior parte das vezes sofre resistência por parte de outro sujeito processual, formando-se uma, então, lide.”

²⁹⁵ Sobre a lide penal a as críticas ao seu uso como critério de definição do conteúdo do processo penal, cf.: COUTINHO, J. N. M. **A lide** ... op. cit., p. 91 e ss. A concepção de que o conteúdo do processo de execução penal é representado por um conflito imanente entre o *ius puniendi* estatal e o *status libertatis* individual pode ser visto em OLIVEIRA, João Bosco. **A Execução Penal: uma Realidade Jurídica, Social e Humana**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 26: “**A Justiça Penal é constituída de fases marcadamente distintas: a fase condenatória e a de execução. Ela não termina com a condenação do acusado, pois o conflito, entre o *ius puniendi* do Estado, na fase executória, e os direitos subjetivos do condenado, permanece.** Há necessidade de se acompanhar e decidir sobre se os diversos atos de execução estão sendo realizados nos limites da sentença condenatória, se não existisse excesso ou desvio na própria fase de execução da pena, bem como sobre os benefícios a que o condenado venha a ter direito ou a revogação desses benefícios em face de condutas graves.”

²⁹⁶ MARRONE, J. M. **Há jurisdição** ... op. cit., p. 94-5: “Com efeito, o nosso sistema caracteriza-se pela presença do juiz e pela ausência do acusador, quer público, quer privado, na execução penal. O acusador, no âmbito dessa matéria, não tem qualquer função, encarregando-se integralmente o juiz de dar cumprimento ao conteúdo da sentença condenatória.”

positivado no ordenamento²⁹⁷ – e a se reconhecer que no curso do processo de execução o juiz também desempenha atividade de cognição – é plenamente possível o reconhecimento de que o caso penal se espraia do processo de conhecimento ao de execução²⁹⁸.

2.4. A Natureza e o Sistema Execucional Penal Brasileiro: tal qual o processo de conhecimento, jurisdicional, porém nitidamente inquisitorial

As considerações realizadas a respeito dos sistemas processuais penais, estudados em paralelo à natureza jurídica da execução penal, serviram para que fosse possível admitir, no campo das ideias, um sistema execucional administrativo, porém orientado pelo princípio dispositivo. Por outro lado, não há incompatibilidade ao se pensar na jurisdicionalização da execução penal fundada em uma matriz inquisitorial. Este último é o caso do Brasil.

Com efeito, desde a exposição de motivos da Lei 7.210/84, o caráter jurisdicional da execução penal é exaltado formalmente, ao se afirmar que “*a autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada*” (item 15) e que “*o Juízo da Execução é o foro natural para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança*” (item 173).

O caráter jurisdicional da execução penal também vem expresso na regra do art. 2º, *caput*, da LEP: “***A jurisdição penal dos Juizes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.***” A

²⁹⁷ COUTINHO, J. N. M. **A Lide** ... op. cit., p. 135: “Com ele [caso penal], estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outra caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.”

²⁹⁸ GIAMBERARDINO, A.; PAVARINI, M. **Teoria** ... op. cit., p. 283: “em outras palavras, o acerto do caso penal (...) não se exaure no trânsito em julgado da sentença condenatória, mas persiste enquanto conteúdo balizador do cumprimento integral do que o próprio ato de acerto determina como pena a ser aplicada.”

previsão vem reforçada pela regra do art. 65, da LEP: “***A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.***” Há também nítida tendência de jurisdicionalização da execução penal na regra do art. 194, da LEP: “***O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.***”

Em complemento, a mesma exposição de motivos rechaça o caráter administrativo da execução penal, pugnando por sua autonomia dogmática: “*vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.*” (item 10)

Contudo, a jurisdicionalização executiva não vem desacompanhada de fortes e extensas previsões inquisitoriais que orientam o processo de execução penal. Sem o objetivo de esgotar o assunto, é possível explorar exemplos que demonstram a impossibilidade de se pensar – ao menos a partir da sistemática estabelecida pelas previsões positivadas na LEP – em um processo de execução penal de índole minimamente democratizada no Brasil.

Nesse contexto, um dos pilares para que se possa cogitar de um processo penal – de cognição ou de execução – acusatório consiste na adoção irrestrita do princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual o juiz somente pode exercer o poder jurisdicional quando provocado e nos limites da provocação. Trata-se, como se sabe, de garantia que tem por um de seus escopos evitar a instauração de processos *ex officio*, preservando a imparcialidade do órgão jurisdicional e, conseqüentemente, o devido processo legal²⁹⁹.

A garantia da inércia da jurisdição, quando pensada em relação ao processo de conhecimento, é de tamanha amplitude e relevância que, na atualidade, ninguém duvida que a regra do art. 26, do CPP – que prevê o

²⁹⁹ COUTINHO, J. N. M. Introdução ... op. cit., p. 178.

denominado “*processo judicialiforme*” nas hipóteses de contravenções penais – não foi recepcionada pela CR/88³⁰⁰.

Contudo, no que diz com o processo de execução penal, o princípio da inércia é solenemente ignorado. É que a regra do art. 195, da LEP, prevê expressamente que “*o procedimento judicial [da execução penal] iniciar-se-á de ofício.*”

A concepção que autoriza o Estado-Juiz a executar oficiosamente a pena imposta na sentença condenatória definitiva vem ainda positivada nos arts. 105 e 147, da LEP, que respectivamente possibilitam ao juiz sentenciante ordenar de ofício a expedição da guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade e promover de ofício a execução da pena restritiva de direitos.

Em conformidade com essas regras, a execução penal deriva pura e simplesmente da sentença condenatória definitiva, título executivo judicial que autoriza o Estado – em moldes análogos ao *affare* como conteúdo da execução, conforme a concepção tardia de CARNELUTTI –, por intermédio de seus agentes públicos, a aplicar a sanção penal³⁰¹.

A higidez e vitalidade das regras postas em análise é amplamente reconhecida em sede jurisprudencial, de modo a se poder concluir que nosso ordenamento jurídico contempla de forma inconstitucional aquilo que se poderia denominar de “*processo de execução penal judicialiforme*”:

"O art. 195, da Lei de Execução Penal, trata de iniciativa para início de um procedimento, isto é, de ato meramente ordinatório (sem conteúdo decisório estrito). E, por isso mesmo, passível de delegação para agente subordinado e de plano hierarquicamente inferior ao da autoridade judicial, nos termos do art. 162, § 4º, do Código de Processo Civil, e item

³⁰⁰ Por todos, cf.: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335.

³⁰¹ CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 163: “À Administração Pública, sob este aspecto, caberia toda atividade superveniente à condenação, visto serem os atos administrativos, por excelência, atos de execução dos preceitos legislativos e judiciários – a administração é a promotora do bem público. A pena é do interesse coletivo: à administração cabe realizá-la.”. Do mesmo autor, cf.: CARVALHO, S. **Execução** ... op. cit., p. 221; CARVALHO, S. **Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal**. In: _____. **Crítica** ... op. cit., p. 417-427.

2.19.1, do Código de Normas da Corregedoria." – g.n. – (TJ/PR - AgrExecPenl 1.254.025-3, Rel. Des. Rogério Kanayama, 9.10.2014)³⁰²

Há, ademais, quem justifique em sede doutrinária a validade das regras que autorizam a instauração de ofício do processo executacional com base no caráter forçado da execução penal³⁰³. O fundamento não parece convencer. Isso porque o caráter forçado – ou obrigatório – da execução penal não é suficiente para justificar a atuação *ex officio* do Poder Judiciário, inaugurando *de per se* o processo de execução penal.

O caráter forçado da execução penal pode ser refutado como argumento legitimador da instauração de ofício do processo de execução penal ao se traçar um paralelo com a ação penal de iniciativa pública (art. 129, da CR/88), em que o órgão de acusação, pelo princípio da obrigatoriedade, tem o dever de oferecer denúncia, se presentes as condições da ação.

É que a vigência do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública – que *mutatis mutandis*, nos mesmos moldes da ação penal executiva, seria “forçada” – não implica legitimidade ativa concorrente entre Ministério Público e Poder Judiciário para instaurar o processo de conhecimento. Logo, inexistente razão para que a mesma lógica não se aplique para a denominada ação penal executiva, mormente a se considerar que, nesses casos, além do órgão Ministério Público, há um extenso rol de legitimados ativos para dar início ao processo executivo (art. 195, da LEP), sendo desnecessário que o juiz saia da sua posição de terceiro imparcial para cumprir com tarefa incompatível com a posterior exigência de imparcialidade.

³⁰² É bem verdade que o precedente se refere a uma hipótese em que instaurado por “*agente subordinado*” ao juiz o procedimento para concessão de benefício de progressão de regime. Porém, o mesmo critério do precedente poderia ser utilizado para que esse mesmo “*agente subordinado*” instaurasse, por delegação e de ofício, processo de execução penal, com fundamento no mesmo art. 195, da LEP, o que seria abominável.

³⁰³ A posição é aceita sem maiores dificuldades, ainda que com outros fundamentos, em: GRINOVER, A. P. Natureza ... op. cit., p. 8: “(...) a jurisdição não é inerte, na execução penal, onde o processo é instaurado de ofício. Mas outros casos há de jurisdição que se auto-movimenta, sem que por isso se negue o caráter jurisdicional ao processo instaurado independentemente da iniciativa do autor (processo-crime de rito sumário pela legislação vigente; execução trabalhista, etc).”

Assim, conclui-se que manter a eficácia da previsão que autoriza o juiz a iniciar, de ofício, o processo de execução penal, representa conceber a execução penal com as lentes inquisitoriais³⁰⁴.

É de se ressaltar, ainda, o extenso rol de "*poderes de ofício*" que orientam a atuação jurisdicional na execução penal e não se limitam exclusivamente à instauração oficiosa do processo executivo. Um passar de olhos pelas regras da execução penal evidencia, sem maior esforço, a possibilidade de o juiz, *ex officio*, modificar em desfavor do condenado o regime de cumprimento da pena (art. 116, da LEP), revogar o livramento condicional (art. 143, da LEP) ou modificar as condições estabelecidas na sentença (art. 144, da LEP), modificar as condições e regras da suspensão condicional da pena fixadas na sentença (art. 156, § 2º, da LEP), revogar o benefício de pagamento em prestações da pena de multa (art. 169, § 2º, da LEP), produzir provas no procedimento para averiguar a cessação de periculosidade (art. 175, V, da LEP) e determinar a substituição da pena por medida de segurança quando sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental (art. 183, da LEP)³⁰⁵.

³⁰⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 232: "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 as 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." Do mesmo autor, cf.: PRADO, G. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, S. **Crítica** ... op. cit., p. 407-415. Em posição similar, reconhecendo o caráter inquisitorial da previsão que autoriza ao juiz o poder de inaugurar de ofício o processo de execução penal, cf.: CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 175; LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 381-382; SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., p. 220-222.

³⁰⁵ A questão dos poderes de ofício do juiz, em sede executiva, comporta uma consideração extra. É que talvez não haja campo de maior comprovação empírica a evidenciar que a atuação de ofício por parte do Poder Judiciário pode ser favorável ao cidadão acusado ou condenado. No Estado do Paraná, o projeto "*Otimização Eletrônica de Benefícios de Execução Penal*", desenvolvido pelo TJ/PR e coordenado pelo juiz Eduardo Lino Bueno Fagundes Júnior, titular da 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba/PR, venceu o 13º Prêmio Innovare, na categoria "juiz". O projeto consiste, basicamente, em um *software* que calcula os prazos para a concessão de benefícios aos condenados, alertando ao juiz da execução, com antecedência de 30 (trinta) dias, sobre futuro benefício a ser eventualmente concedido. A partir do alerta, o juiz, oficiosamente, abre vistas dos autos para manifestação do Ministério Público e Defesa, decidindo – com ou sem manifestação das partes – a respeito da concessão ou não do benefício. O êxito do projeto em reduzir o contingente carcerário e evitar que presos cumpram pena para além daquilo que fixado em sentença moveu o Conselho Nacional de Justiça a instituir em âmbito nacional o "Sistema Eletrônico de Execução Unificado", através da Resolução 223/2016. No contexto, possível indagar se os poderes de ofício realmente representam violação de uma concepção democrática de processo de execução penal. A

A situação é ainda mais grave quando, para além dos poderes de ofício e plenipotenciários conferidos por lei ao juiz da execução penal, admite-se na experiência jurisprudencial – e em franca violação ao princípio da legalidade – a existência de poderes gerais de cautela no processo de execução:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGRESSÃO CAUTELAR. SENTENCIADO. PRÁTICA EM TESE DE NOVO DELITO. PODER GERAL DE CAUTELA. (3) AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. **O magistrado, diante da notícia do suposto cometimento de delito de roubo pelo paciente, pode determinar a sustação cautelar do regime aberto, com fundamento no poder geral de cautela. 3. Habeas corpus não conhecido." – g.n. – (STJ - HC 210.998, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe 18.11.2013)**

Cuida-se aqui de importação indevida de categorias próprias do direito processual civil ao processo penal de cognição e de execução, o que além de desrespeito às especificidades havidas na seara processual penal, acaba por

questão que se coloca, porém, consiste em saber o motivo pelo qual os juízes – a maioria buscando resolver, ou ao menos minimizar, os problemas carcerários – precisam utilizar de expedientes oficiosos. E por detrás dos poderes de ofício, o que se percebe são sempre deficiências sistêmicas, normalmente vinculadas à falta de estrutura material para atender aos hipossuficientes (em relação às defensorias públicas) ou ainda à redução da importância do Ministério Público em sede de execução penal (aqui, talvez seja o próprio MP quem não tenha interesse em ocupar esse espaço como deveria, mormente porque dele se pode prescindir sem disputas corporativas por ampliação de poder, diferentemente do que ocorre em relação à investigação preliminar). Logo, o que se deve discutir a fundo é exatamente o que os poderes de ofício representam, ou podem representar. E no limite, o exercício desses poderes, pelo Poder Judiciário, pode implicar um afastamento completo dos demais atores processuais; afinal, se na execução penal o juiz pode bater o escanteio, cabecear, defender e apitar o início e fim do jogo, isso significa que não há mais jogo, porque os jogadores foram deixados de fora. Não por outra razão, Armida Bergamini MIOTTO, ao versar sobre a jurisdicionalização da execução penal, pondera que *“quando, porém, se fala em jurisdicionalização, não se pensa somente em juiz, mas também em promotor e em advogado.”* (MIOTTO, A. B. Panorama ... op. cit., p. 215). Em síntese: se cada qual ocupar o seu lugar no processo de execução, ganha-se em efetividade e democracia no processo executivo, preservando-se as funções daqueles que integram a situação processual. Sobre o tema, com vistas ao processo de conhecimento, cf.: COUTINHO, J. N. M. Mettere il Pubblico – ad Anche il Giudice. **Boletim do IBCCRIM**, a. 17, n. 200 (jul.2009), p. 23-24.

ignorar a legalidade como limite à intervenção estatal na esfera das liberdades públicas individuais³⁰⁶.

Relativamente aos princípios processuais constitucionais aplicáveis à execução penal, a mentalidade inquisitorial prevalente em sede executiva anula ou limita sensivelmente as garantias dos cidadãos condenados.

O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR/88) – fortemente mitigado pelo STF, em recente decisão que possibilitou a execução automática da pena após o julgamento em segundo grau de competência³⁰⁷ – é anulado quando se admite a regressão de regime pela prática de fato superveniente tipificado como crime³⁰⁸, sem que se tenha trânsito em julgado da decisão condenatória quanto a esse último³⁰⁹.

A presunção de inocência na execução penal também é violada em diversas outras hipóteses, como nos casos em que inquéritos ou processos em curso se prestam como fundamentos à limitação ou obstrução de direitos aos

³⁰⁶ LOPES JUNIOR, A. **Direito** ... op. cit., p. 808: "No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco o juiz criminal possui poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí o seu poder."

³⁰⁷ STF - HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Julg. 17.2.2016: "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, LVII da Constituição Federal." Essa decisão, tomada por apertada maioria – 5 x 4, tendo sido vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski – foi posteriormente referendada, sempre por maioria e salvo raras exceções (na resistência, por exemplo, a decisão monocrática do Min. Celso de Mello, na MC no HC 135.100), pelo Pleno do STF, como é o caso dos julgamentos das medidas cautelares nas ADC's 43 e 44. E mais recentemente, em discussão sob o rito da Repercussão Geral no ARE 964.246, reafirmou-se a tese majoritária forjada no âmbito do HC 126.292, em evidente retrocesso civilizatório em termos de garantias individuais.

³⁰⁸ Na defesa da presunção de inocência em face de fatos supervenientes, cf.: LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 383-384.

³⁰⁹ "EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TESE NÃO APRECIADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. (...) II - O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso quando praticar fato definido como falta grave ou crime doloso, independentemente do trânsito em julgado de sentença condenatória." (STJ - HC 123.429, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 22.2.2010)

condenados³¹⁰ e quando se permite que presos cautelares sejam submetidos ao RDD³¹¹.

O princípio do juiz natural – que em sua vertente negativa obsta o julgamento por juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CR/88) e em sua vertente positiva afirma o direito ao julgamento pelo órgão jurisdicional competente (art. 5º, LIII, da CR/88) – é quase inexistente, na medida em que a previsão legal que fixa a competência execucional é extremamente anêmica (art. 65, da LEP), fortalecendo que, em vários espaços, a competência seja fixada a partir de instrumentos outros que não a lei em sentido estrito (v.g. **Súmula 192**, do STJ).

O princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88), que na execução penal deve ser compreendido como direito de informação e participação dialética do condenado na formação dos atos processuais executivos³¹² também encontra severas restrições, mormente no que se refere ao campo probatório. É que a possibilidade de o juiz da execução produzir provas de ofício (v.g. art. 196, § 2º, da LEP), cria um sensível descompasso na paridade de armas³¹³, além de consagrar o princípio inquisitivo em sede executiva.

A ampla defesa, que se subdivide em defesa técnica e autodefesa, também é mitigada. No que diz com a autodefesa negativa, há hipóteses absurdas nas quais, em apuração de falta disciplinares, sancionou-se o cidadão que permaneceu em silêncio, em clara afronta ao *nemo tenetur se detegere*³¹⁴.

³¹⁰ Em relação a esse assunto, há precedentes de resistência no STF. Nesse sentido, cf.: "HABEAS-CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL: REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. (...) 3. O paciente não está sujeito a aguardar indefinidamente as conclusões do procedimento administrativo para obter o benefício da progressão do regime prisional, o qual, entretanto, poderá ser a qualquer momento objeto de regressão (artigo 118, caput, da LEP). 4. A concessão do benefício não pode levar em conta o que ocorreu no passado, mas, apenas, se estão reunidos os requisitos necessários. 5. Habeas-corpus conhecido e deferido, por maioria, para assegurar ao paciente a progressão do regime prisional." (STF - HC 79.497, Rel. Néri da Silveira, DJ 29.9.2000)

³¹¹ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 74-75.

³¹² LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 384-386. Sobre o conteúdo da garantia do contraditório, cf.: COUTINHO, J. N. M. Introdução ... op. cit., p. 187-189.

³¹³ GIUNCHEDI, Filippo. **La Prova nella Giurisdizione Esecutiva**. Torino, UTET, 2012, p. 33-34.

³¹⁴ Trata-se do AgExec 990100530585, do TJ/SP, em que um cidadão teve declarados perdidos os dias remidos com anotação de falta grave por ter permanecido em silêncio em procedimento de apuração de

A oralidade do procedimento, uma das características do sistema acusatório e que funciona como reforço da publicidade processual, é praticamente inexistente na medida em que se confere ao magistrado da execução, o poder de decidir sobre a dispensabilidade da prova oral em relação a decisões a serem proferidas pelo juízo executivo (art. 196, § 2º, da LEP)³¹⁵.

Outra garantia cuja resistência antidemocrática e inquisitorial impede seja efetivada na execução penal consiste na duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII, da CR/88), princípio de suma importância quando em jogo, por exemplo, a apreciação de requerimentos de presos que digam respeito a concessão de benefícios executivos que impliquem redução/extinção da pena, modificação de regime etc. A limitação da garantia em análise se verifica, exemplificativamente, quando não são observados – a despeito de qualquer invalidação procedimental – os prazos de conclusão do procedimento disciplinar ou ainda quando se restringe o *habeas corpus* como substitutivo de agravo em execução³¹⁶.

Outro fator que potencializa a inquisitorialidade executiva consiste naquilo que se poderia denominar de "mutabilidade *in pejus*" da sentença condenatória³¹⁷, situação que vem explícita na Exposição de Motivos da LEP: "*A instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, consistente em dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em*

dano em viatura, no momento do transporte de presos. A decisão de primeira instância foi mantida em segundo grau e somente reformada pelo STJ, que no voto condutor da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, consignou que "(...) encontrando-se vários detentos dentro de uma viatura, veio ela a ser danificada em dado itinerário. Sendo indagados os presos acerca da autoria da avaria, e, permanecendo todos silentes, entendeu-se que deveria a responsabilidade espalhar-se em desfavor de todos eles. Trata-se, penso, de raciocínio que subverte a lógica da jurisdição penal, que ilumina o universo da execução criminal, ramo do direito que, há muito, felizmente, desligou-se de juízos meramente carcerários, dessintonizados do devido processo legal." (STJ - HC 177.293, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJ 7.5.2012). Também em posição crítica quanto à caracterização de falta grave no silêncio do condenado, cf.: LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 386-387.

³¹⁵ CARVALHO, S. Execução ... op. cit., p. 223; CARVALHO, S. Da Necessidade ... op. cit., p. 425.

³¹⁶ ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 81-87.

³¹⁷ CARVALHO, S. Execução ... op. cit., p. 222-223; CARVALHO, S. Da necessidade ... op. cit., p. 424-425.

dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos" (Item 164).

Ainda que se não negue que, na fase executiva, possa ocorrer atividade de cognição, a maleabilidade e a flexibilidade da coisa julgada produzida no processo de conhecimento são de tamanha expressão que, em determinadas circunstâncias, a quantidade e a qualidade da pena acabam sendo completamente deformadas em desfavor do acusado no curso do processo executivo³¹⁸.

A reflexão a respeito da ilimitada possibilidade de alteração quantitativa e qualitativa da pena fixada na condenação transitada em julgado perpassa uma crítica à cláusula *rebus sic stantibus*, fundamento que dá guarida à flexibilidade da coisa julgada penal³¹⁹.

No que se refere ao exercício do poder disciplinar, em que pese a existência das garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do

³¹⁸ Como exemplo da liberdade absoluta de flexibilização da coisa julgada, Andrei Zenkner SCHMIDT faz referência à decretação da perda de dias remidos quando estes foram reconhecidos jurisdicionalmente, ou ainda quando o juiz da execução reconhece um direito ao apenado e, posteriormente, ao evidenciar falha na decisão, revoga-a oficiosamente. Nesse sentido, cf.: SCHMIDT, A. Z. Direitos ... op. cit., 229-230. Há posição que enxerga no princípio constitucional da motivação das decisões (art. 93, IX, da CR/88) um flanco de limitação da flexibilidade do título penal executivo: "(...) a execução penal jurisdionalizada implica (...) a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões – judiciais ou administrativas – que impliquem modificação qualitativa e/ou quantitativa no cumprimento da pena." (GIAMBERARDINO, A.; PAVARINI, M. **Teoria** ... op. cit., p. 284).

³¹⁹ GIAMBERARDINO, A.; PAVARINI, M. **Teoria** ... op. cit., p. 283: "A impropriedade da tal explicação é manifesta pelo fato de que a pena aplicada não é um contrato entre as partes a ser 'ajustado' ou 'reajustado'. Evidentemente, a relação entre condenado e Estado não guarda qualquer paralelo com o que se define como relação contratual. Trata-se de inadequada aplicação de uma figura típica do direito privado à execução penal (...)" Em que pese justificar a mutabilidade da condenação penal transitada em julgado com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, há, porém, quem entenda que ainda assim a alteração do título executivo não poderá ocorrer em prejuízo do condenado: "(...) a sentença penal condenatória será alterável por fatos novos. (...) tais mudanças não incidem sobre a parte declaratória (...). Ocorrerão somente nos capítulos que consubstanciam a especificação da condenação imposta ao sentenciado (...) e, assim mesmo, quando não importem em prejuízo ao condenado." (FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdionalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 1, n. 3 (jul./set. 1993), p. 92.). O texto, com adaptações, foi igualmente publicado em: **Justitia**, a. 56, n. 166 (abr./jun. 1994), p. 32-48.

devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da CR88), inverte-se a hierarquia normativa para se afirmar que inexistente previsão legal expressa que afete à competência jurisdicional – em lógica que parte da legislação infraconstitucional, mais especificamente da regra do art. 66, da LEP – a aplicação de sanção disciplinar, o que conduz à conclusão prevalente no sentido de que o procedimento sancionador não é jurisdicional.

Essa conclusão vinha refletida em precedentes, inclusive dos Tribunais Superiores, que até pouco tempo admitiam o reconhecimento de falta grave em simples audiência de justificação, sem necessidade de instauração do procedimento administrativo:

"I. Hipótese em que, não obstante a ausência de homologação do procedimento administrativo disciplinar instaurado para a apuração de falta grave, a audiência de justificação ocorreu na presença do apendo, que teve oportunidade de se manifestar, e da defensoria pública, não estando configurada ofensa à ampla defesa ou ao contraditório. II. **A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que o art. 118, § 2º da LEP não exige a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando seja realizada audiência de justificação**, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório, hipótese dos autos. III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator." (STJ - REsp 1.210.523, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 27.5.2011)

Muito embora tenha havido alguma evolução na matéria, a questão do exercício do poder disciplinar ainda escapa, em largos espaços, da apreciação e controle de legalidade pelo Poder Judiciário, como se pode perceber do enunciado recente da **Súmula 533, do STJ**: *“para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”*.

A existência de espaços nos quais se permite o exercício de amplos poderes pelas autoridades administrativas faz com que alguns setores da doutrina

defendam o caráter misto ou híbrido da execução penal³²⁰. Mas o que importa para o momento é reconhecer que, ao se transferir para a órbita da administração penitenciária – em que ainda impera, como se viu, uma lógica discricionária desvinculada das amarras da legalidade – a decisão sobre questões que afetam diretamente o *status libertatis* do cidadão condenado (mormente no que diz com as faltas graves) significa fragilizar o ideal de jurisdicionalização preconizado formalmente pela LEP e estampado constitucionalmente no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/88).

Os exemplos explorados revelam a necessidade premente de abandono das premissas inquisitoriais que governam quase que integralmente a execução penal no Brasil. Mais do que isso, a internalização da matriz acusatória no processo de execução penal, para além de afastar os poderes do ofício do juiz e reforçar as garantias individuais dos condenados, deve igualmente servir para que o magistrado da execução penal ocupe o seu mister efetivo de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão: *"imprescindível, pois, se se quer realmente democracia processual, reavaliar a posição do juiz, tornando-o garante dos direitos individuais em uma forma processual penal acusatória, regida pelos princípios do devido processo legal."*³²¹

³²⁰ GRINOVER, A. P. Anotações Sobre os Aspectos Processuais da Lei de Execução Penal. In: _____; FERRAZ, A. C. C. (Orgs.). **Execução** ... op. cit., p. 15. Em posição crítica à natureza mista da execução penal, cf.: CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 167; ROIG, R. D. E. **Execução** ... op. cit., p. 105: "(...) a existência de atividades de cunho administrativo no curso da execução da pena não desnatura sua natureza jurisdicional, assim como atividades de cunho administrativo não afastam a natureza jurisdicional do processo de conhecimento."

³²¹ CARVALHO, S. **Pena** ... op. cit., p. 177. No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, A. Revisitando ... op. cit., p. 380-381.

CAP. 3 – A GARANTIA DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1. Aspectos Correlatos ao Juiz Natural: Independência Judicial e Imparcialidade

A análise promovida nos capítulos precedentes se prestou a tratar da autonomia e evolução do direito de execução penal, demonstrando-se que esse ramo do ordenamento jurídico é composto, no plano dogmático, por princípios e regras de caráter material e processual.

Mais do que isso, buscou-se comprovar que ambos os aspectos – material e instrumental – carecem de desenvolvimento teórico aprofundado. O subdesenvolvimento dogmático do direito e do processo de execução penal é um dos fatores que contribui para com as violações de direitos e garantias individuais dos cidadãos encarcerados. E se uma das formas de mensurar o grau de civilidade de um povo é através do respeito às liberdades públicas do indivíduo no campo processual penal³²², não seria exagero afirmar que o processo de execução penal, no Brasil, segue sendo um *locus* privilegiado de incivilidade.

O presente capítulo, núcleo da tese, tem por escopo contribuir para com a redução do grau de incivilidade no processo penal executivo, através do desenvolvimento e afirmação do princípio do juiz natural com vistas à execução penal. Ainda que se reconheça a modéstia do objetivo, a partir dele é possível que sejam abertas sendas no caminho da afirmação e efetividade de outras garantias individuais em um espaço no qual a legalidade é uma ilustre desconhecida.

³²² CORDERO, F. **Guida** ... op. cit., p. 186-188; PISAPIA, G. D. **Compendio** ... op. cit., p. 26; COUTINHO, J. N. M. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, n. 188, jul. 2008, p. 12; BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 195: "De tudo o que dissemos, uma conclusão parece impor-se: ser o processo penal um dos índices mais típicos do grau de civilização atingido por um povo na sua caminhada histórica. (...) *Civilização e processo são termos correlativos.*"; GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Penal**: conferências proferidas na Universidade de Madri nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira: Belo Horizonte, Líder, 2002, p. 71: "(...) pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição."

Antes de abordar diretamente o princípio do juiz natural e suas implicações no processo de execução penal, algumas considerações são oportunas a respeito de dois aspectos correlatos àquela garantia, quais sejam, a independência judicial e a imparcialidade. Trata-se de elementos sem os quais não se pode cogitar de naturalidade do juízo, ou seja, são condições *sine qua non* da efetividade da garantia do juiz natural³²³.

A independência judicial – que representa, segundo Rui BARBOSA, “*a base de toda a justiça*”³²⁴ – é uma garantia que, dada sua importância central em regimes democráticos, vem expressa em diversas normativas supranacionais, como na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.1) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.1).

³²³ COUTINHO, J. N. M. O Princípio do Juiz Natural na CF/88: Ordem e Desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 5, n. 179 (jul./set. 2008), p. 168; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32; BADARÓ, G. H. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23 e ss; FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 136; GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. In: _____. **O Processo em sua Unidade - II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-4; ESCALADA LÓPEZ, Maria Luisa. El Derecho al Juez Legal en el Ordenamiento Constitucional Alemán. **Revista de Derecho**, v. XIX, n. 1 (jul. 2006), p. 179 e ss. MAIER destaca que “uma boa maneira de assegurar a independência e imparcialidade do tribunal é evitar que ele seja criado ou eleito por alguma autoridade, uma vez que o caso sucede na realidade (depois do caso), isto é, que se coloque frente ao imputado tribunais *ad hoc*, criados *para* o caso ou *para* a pessoa a ser julgada.” (MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. t. I (fundamentos). 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 763. [Trad. de: “Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidade del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridade, una vez que el caso sucede em la realidade (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados *para* el caso o *para* la persona a juzgar.”]). Em sentido análogo, a Corte Constitucional da Itália, na **Sentenza 272/98**, reafirmou sólidos precedentes segundo os quais o princípio do juiz natural é “*uno strumento di garanzia dell’indipendenza e della imparzialità del giudice*”. Outros precedentes no mesmo sentido podem ser consultados em: AGRÓ, Antonio; LIPARI, Nicola. La Giurisprudenza della Corte Costituzionale. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 202.

³²⁴ **OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA**. v. XXIII. t. III. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 193. Em sentido análogo, José Frederico MARQUES assevera que a independência judicial “*está na própria essência do Poder Judiciário*” (MARQUES, J. F. **A Reforma do Poder Judiciário**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 84). Há, ainda, quem compreenda a independência judicial como um requisito de legitimação democrática substancial do exercício da jurisdição. Nesse sentido, cf.: GOMES, Luiz Flávio. **A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário**: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 57-58; GOMES, L. F. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24-25.

Trata-se de categoria que deve ser compreendida a partir de sua complexidade, de modo a se permitir a fixação de sua extensão e, conseqüentemente, dos seus limites. Na advertência de Eugenio Raul ZAFFARONI:

“A chave de poder do judiciário se acha no conceito de ‘independência’, mas este é, como tudo o que se relaciona com o judiciário, bastante equívoco. De modo geral, associa-se ao judiciário por uma espécie de ato reflexo, mas continuamente se pretende reforçá-lo ou debilitá-lo, segundo a posição de poder do operador. Este jogo interminável, devidamente manipulado com verniz ideológico, torna notoriamente obscuro um conceito que em suas formulações mais claras não é simples, pela multiplicidade de aspectos e manifestações.”³²⁵

A complexidade que envolve a garantia, como destaca ZAFFARONI, vem igualmente envolta por uma grande carga ideológica que orienta a forma e o grau de independência judicial em cada Estado, sem descurar para o fato de que o significante “*independência*”, para além do conteúdo jurídico, também comporta uma sensível dimensão política³²⁶.

Assim, um possível caminho de aproximação à noção de independência judicial, que não ignore a complexidade do fenômeno, deve se iniciar por reconhecer que todo o tipo de ordenamento – desde os democráticos aos totalitários – comporta a independência judicial. As diferenças entre as diversas formas de independência residem no grau e no escopo de sua existência. Assim, por exemplo, a independência judicial, em um regime ditatorial, coloca-se à consecução dos fins daqueles que ocupam o poder político; algo como “*o juiz é independente, desde que atenda aos interesses políticos dos que estão no poder*”. Por seu turno, em arranjos sociais primitivos, em que as soluções de conflitos

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

³²⁶ MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 85, DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 304; ZAFFARONI, E. R. **Poder Judiciário** ... op. cit., p. 90 No contexto do grau de independência judicial, Clémerson CLÈVE, ao analisar a autonomia funcional e institucional do Poder Judiciário, entende que “talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 38).

sociais estavam vinculadas à sorte/azar ou a manifestações divinas, a independência servia como mecanismo de legitimação e afirmação de elementos metajurídicos³²⁷.

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, o instituto da independência judicial é instrumental ao princípio da legalidade. Conforme adverte Juan Luis REQUEJO PAGÉS:

“No Estado de Direito se garante a submissão – exclusiva – à lei por parte dos órgãos jurisdicionais mediante o instituto da *independência*. O termo *independência* denota um conceito claramente relativo, referencial, na medida em que pressupõe uma pluralidade de realidades ou situações entre as quais não existe vinculação alguma, de maneira absoluta ou relativa e por natureza ou convenção. **Predicar de algo a nota da independência implica a existência de outro algo com respeito ao qual se verifica a relação de independência ou, se se quer, a ausência de relação. Dizer que no Estado de Direito o órgão jurisdicional deve ser independente obriga a delimitar com precisão *com respeito a quê* se impõe a independência, porém sobretudo *a que fim responde* tal imposição. (...) Tal finalidade obriga a vincular estritamente ao órgão jurisdicional a ditos critérios – contidos na lei como código genético do sistema normativo – e, paralelamente, a desvinculá-lo do quanto seja alheio aos mesmos.**

A independência, assim entendida é, portanto, uma instituição funcionalmente dirigida a assegurar a efetiva realização de um princípio que a transcende: a legalidade. Sua natureza é, por isso, de caráter puramente instrumental (...)³²⁸ – g.n. –

³²⁷ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. **Jurisdiccion e Independencia Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 117-120. Entendendo que a independência judicial é característica exclusiva de sociedades livres, cf.: STEPHEN, Ninian M. Judicial Independence – A Fragile Bastion. In: SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules. (Editors). **Judicial Independence: The Contemporary Debate**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 531-533.

³²⁸ REQUEJO PAGÉS, J. L. **Jurisdicción** ... op. cit., p. 116. [Trad. de: “En el Estado de Derecho se garantiza el sometimiento – exclusivo – a la ley por parte de los órganos jurisdiccionales mediante el instituto de la *independencia*. El término *independencia* denota un concepto claramente relativo, referencial, en la medida en que presupone una pluralidad de realidades o situaciones entre las cuales no existe vinculación alguna, ya de manera absoluta o relativa y ya por naturaleza o por convención. Predicar de algo la nota de la independencia implica la existencia de otro algo con respecto al cual se verifica la relación de independencia o, si se quiere, la ausencia de relación. Decir que en el Estado de Derecho el órgano jurisdicional debe ser independiente obliga a delimitar con precisión *con respecto a qué se impone* la independencia, pero sobre todo *a qué fin responde* tal imposición. (...) Tal finalidad obliga a

É nesse contexto que se compreende a independência judicial, nas democracias, como uma categoria relacional: ao mesmo tempo em que há uma relação de dependência do exercício da jurisdição em face da lei, estabelece-se, como face da mesma moeda, uma relação de independência judicial para que a lei possa vir a ser interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário³²⁹.

Portanto, a independência judicial funciona como instrumento a serviço da legalidade, de modo a se estabelecer, nas democracias modernas, uma relação de dependência entre a lei e o exercício da jurisdição³³⁰.

Fixados os objetos inerentes ao binômio dependência/independência em democracias modernas – ou seja, dependência em relação à lei e independência em face de outros elementos –, a doutrina subdivide a garantia da independência judicial em dois aspectos, um interno e outro externo.

Fala-se em independência interna para expressar a ausência de subordinação *interna corporis* do magistrado, quando do exercício do poder jurisdicional, nos casos de sua competência. Do ponto de vista interno, a independência implica no afastamento de qualquer hierarquia de mando entre os integrantes do Judiciário. Ao analisar o caso concreto para interpretar/aplicar a lei, o magistrado não está vinculado a posições e orientações de outros juízes,

vincular estrictamente al órgano jurisdiccional a dichos criterios – contenidos en la ley como código genético del sistema normativo – y, paralelamente, a desvincularlo de cuanto sea ajeno a los mismos.

La independencia así entendida es por tanto una institución funcionalmente dirigida a asegurar la efectiva realización de un principio que le trasciende: el de legalidad. Su naturaleza es por ello de carácter puramente instrumental (...).”] O caráter instrumental da independência judicial também é ressaltado em: GOMES, L. F. **A Dimensão** ... op. cit., p. 40-42.

³²⁹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857, p. 332-333; REQUEJO PAGÉS, J. L. **Jurisdicción** ... op. cit., p. 170: “Se o juiz é juridicamente independente é porque se pretende que seja totalmente dependente da lei, ou mais exatadamente, do ordenamento jurídico em sua totalidade.” [Trad. de: Sí el juez es jurídicamente Independiente es porque se le quiere hacer totalmente dependiente de la ley, o más exactamente, del ordenamiento jurídico en su totalidad.”] No mesmo sentido, DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 311: “Como correlato necessário do princípio da independência judicial surge-nos o *dever*, que sobre o juiz impende, *de obediência à lei*.”

³³⁰ MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 85-86; GOMES, L. F. **A Questão** ... op. cit., p. 58; GOMES, L. F. **A Dimensão** ... op. cit., p. 25-26; REQUEJO PAGÉS, J. L. **Jurisdicción** ... op. cit., p. 164; PEREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 618-625. PEREZ ROYO entende que a legitimação democrática do Poder Judiciário se baseia na submissão exclusiva da magistratura à lei e que essa legitimação somente se instrumentaliza mediante a independência judicial. Na expressão do autor, “*el juez es independiente, porque está unicamente sometido a la ley.*”

nem mesmo àqueles de hierarquia superior na carreira, integrantes de Tribunais Superiores e/ou da Corte Constitucional³³¹.

A propósito, se há alguma espécie de hierarquia interna ao Poder Judiciário, esta deve ser compreendida como garantia do jurisdicionado, no sentido de que as decisões judiciais podem comportar análise e reapreciação em sede recursal, em conformidade com o princípio do duplo grau³³². Fora disso, o exercício de poder hierárquico *interna corporis* representa controle e vigilância ideológica, algo abominável quando se pretende conferir efetividade ao devido processo legal.

O aspecto interno da independência representa o que, na tradição do direito anglo saxão, denomina-se de *decisional independence*. Essa faceta se refere ao procedimento de tomada da decisão judicial (*decision-making process*), havendo ainda um aspecto complementar e inerente à independência judicial, vinculado à doutrina da separação dos poderes³³³.

Trata-se da independência judicial externa – a que FREDERICO MARQUES denomina "independência política"³³⁴ –, que funciona como escudo que visa proteger a atividade do juiz em face de ingerências ou pressões provenientes do Executivo, Legislativo ou mesmo de outros setores sociais, políticos ou econômicos³³⁵. Dentre os mecanismos de concretização da independência externa

³³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 10ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 663-664; GOMES, L. F. **A Dimensão** ... op. cit., p. 37; GOMES, L. F. **A Questão** ... op. cit., p. 66: “A independência *peçoal interna*, por sua vez, visa amparar o juiz dentro de sua própria instituição, seja em relação aos demais órgãos judiciais, seja principalmente em relação às ingerências dos que ocupam cargos de direção ou de governo da Magistratura. É a independência *funcional* do juiz.” Ainda, conforme destaca FREDERICO MARQUES, “no exercício de suas funções, o juiz não está preso a vínculos hierárquicos. (...) A independência judicial consiste sobretudo na inadmissibilidade e falta de obrigatoriedade de quaisquer instruções superiores relativas ao exercício da atividade judiciária, mesmo que desçam tais instruções de tribunais de instância mais elevada.” (MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 87). No Brasil, uma forma de mitigação da independência judicial, em seu aspecto interno, consiste nas denominadas súmulas vinculantes que, em conformidade com o art. 103-A, da CR/88, após sua aprovação pelo STF e publicação no Diário Oficial, terão “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.”

³³² OBRAS COMPLETAS ... op. cit., p. 228; GOMES, L. F. **A Dimensão** ... op. cit., p. 38.

³³³ SHETREET, S. Judicial Independence: new conceptual dimensions and contemporary challenges. In: SHETREET, S.; DESCHÊNES, J. **Judicial** ... op. cit., p. 594-595.

³³⁴ MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 87-88.

³³⁵ SHETREET, S. Judicial Independence ... op. cit., p. 599. Oportuna a observação de Luiz Flávio GOMES: “Se em nível estrutural-político é indiscutível a total independência judicial (...) semelhante

se encontram as garantias orgânicas da magistratura da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos³³⁶.

Na experiência do direito estadunidense³³⁷, ambos os aspectos da *judicial independence* são destacados em precedente paradigmático, forjado em *Scott v. Stansfield* (1868):

“Nenhuma ação será ajuizada contra o juiz por atos praticados ou opiniões expressadas ao exercer sua função em uma corte de justiça. **É essencial em todos os tribunais que os juízes nomeados para administrar a justiça sejam autorizados a fazê-lo sob a proteção da lei, de forma independente e livre, sem favores e sem medo. Essa previsão da lei não é para a proteção ou benefício de juízes maliciosos ou corruptos, mas para benefício do povo, cujo interesse é o de que os juízes devam ser livres para o exercício de suas funções com independência**, e sem medo das consequências do julgamento.”³³⁸ – g n. –

O precedente deixa claro que a independência judicial é uma garantia de “dupla face”, dado servir de proteção tanto aos juízes como aos jurisdicionados, e adentra em outro aspecto essencial: o atuar independente é incompatível com a

conclusão não se pode extrair quando passamos para o mundo da realidade, onde facilmente se percebe, em muitos países e em vários momentos históricos, que ela é mais discursiva que efetiva, tendo em vista que o Poder Político resiste quanto pode à idéia de irrestrita autonomia judicial.” (GOMES, L. F. **A Questão ... op. cit., p. 84**)

³³⁶ MARQUES, J. F. **A Reforma ... op. cit., p. 88**; GOMES, L. F. **A Questão ... op. cit., p. 66**; GOMES, L. F. **A Dimensão ... op. cit., p. 36**. LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. Concepto del Juez Ordinario en el Derecho Español. **Justicia**: Revista de Derecho Procesal, n. 1 (1990), p. 87-88; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. El Juez Ordinario Predeterminado por la Ley (1ª parte). **Revista General de Legislacion y Jurisprudencia**. a. CXXXVIII, n. 3 (may./jun. 1989), p. 829-834; PRITCHETT, C. Herman. **La Constitución Americana**. Buenos Aires: Tipografica Argentina S. A., 1965, p. 158. PIMENTA BUENO assevera que a “inamovibilidade dos magistrados, é uma das primeiras consequências, ou antes dos elementos indispensáveis para sua independência. O magistrado temporário ou amovível, é antes um commissionedo para julgar do que um verdadeiro julgador; a independência desaparece perante a amovibilidade.” (BUENO, J. A. P. **Direito ... op. cit., p. 333**).

³³⁷ Breve síntese das diferenças de compreensão a respeito da independência judicial nos modelos anglo-saxônico e europeu continental pode ser consultada em: GOMES, L. F. **A Questão ... op. cit., p. 59-65**; GOMES, L. F. **A Dimensão ... op. cit., p. 26-35**; SHETREET, S. **Judicial Independence ... op. cit., p. 600-606**.

³³⁸ **Scott v. Stansfield**, (1868), L.R. 3 Ex. 220. [Trad. de: “No action will lie against a judge for any acts done or words spoken in his judicial capacities in a court of justice. This doctrine has been applied not only to the superior courts, but to the court of a coroner and to a court martial, which is not a court of record. It is essential in all courts that the judges who are appointed to administer the law should be permitted to administer it under the protection of the law independently and freely, without favor and without fear. This provision of the law is not for the protection or benefit of a malicious or corrupt judge, but for the benefit of the public, whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear consequences.”]

punição daquilo que Rui BARBOSA chamou de crimes de hermenêutica ou crimes de opinião³³⁹.

Poder-se-ia então questionar se a atuação independente significa irresponsabilidade do juiz para com seus atos jurisdicionais. A resposta é negativa. É que nos regimes democráticos, a ideia de independência – que pressupõe submissão à lei – caminha em paralelo à de responsabilidade³⁴⁰.

Em outros termos, a independência não deve expressar o exercício absoluto e ilimitado do poder: “*não é concebível (...) pensar na independência judicial como instrumento para a implantação de uma ditadura dos juízes ou de um mandarinato judicial*”³⁴¹.

Logo, há de se reconhecer que a independência judicial não é um valor absoluto e igualmente não se confunde com imunidade do Poder Judiciário. Nesse contexto, Mauro CAPPELLETTI assevera que a independência judicial pressupõe controle e responsabilidade (*accountability*), cuja quebra implica na possibilidade de sanções nas esferas cível, administrativa e/ou penal³⁴².

E por fim, não se pode perder de vista a estreita relação havida entre independência judicial e o princípio da imparcialidade:

“A independência judicial (em relação ao Executivo) é nada mais do que um valor último; longe de ser um fim em si mesma, **trata-se de um valor**

³³⁹ **OBRAS COMPLETAS** ... op. cit., p. 227-294. Esse tomo das *Obras Completas de Rui Barbosa* é composto por dois textos: “Posse de Direitos Pessoais” e “O Júri e a Independência da Magistratura”. O último texto se refere, em essência, à defesa que Rui BARBOSA promoveu, perante o Supremo Tribunal Federal – no bojo da Revisão Criminal 215 –, do Juiz Alcides de Mendonça Lima, que havia declarado a inconstitucionalidade do art. 65, da Lei 10/1895, do Estado do Rio Grande do Sul, e por isso sofreu um processo criminal, tendo sido condenado em primeira instância por prevaricação, fato posteriormente desclassificado para abuso de autoridade, pelo Tribunal de Justiça, em decisão confirmada pelo Superior Tribunal. A linha de defesa promovida por Rui Barbosa – que restou vencedora para o fim de absolvição do acusado – é um marco no sentido da afirmação da independência judicial e da liberdade de interpretação. A referência feita contempla o Capítulo do texto intitulado “*Novum Crimen: o Crime de Hermenêutica*”, bem como o Acórdão do STF na Revisão Criminal 215.

³⁴⁰ REQUEJO PAGÉS, J. L. **Jurisdicción** ... op. cit., p. 121; CAPPELLETTI, Mauro. Who Watches the Watchmen: a comparative study in judicial responsibility. In: SHETREET, S.; DESCHÊNES, J. **Judicial** ... op. cit., p. 551-552.

³⁴¹ GOMES, L. F. **A Questão** ... op. cit., p. 85.

³⁴² CAPPELLETTI, M. Who Watches ... op. cit., p. 557-569; CLÉVE, C. M. **Temas** ... op. cit., p. 40 e ss; GOMES, L. F. **A Questão** ... op. cit., p. 85-89.

instrumental, cuja finalidade é salvaguardar outro valor, a imparcialidade do juiz.

O fim último da função jurisdicional é, portanto, ter uma decisão tomada por um terceiro imparcial perante o qual as partes tiveram a oportunidade de apresentar e defender suas teses³⁴³ – g.n. –

Assim, pode-se concluir que a independência judicial, compreendida como relação de dependência do poder jurisdicional exclusivamente em face da lei, mais do que um instrumento a favor da imparcialidade, é um *prius* lógico à atuação do juiz em posição de equidistância em relação às partes. Afinal, “*um juiz sem independência será sempre um juiz parcial.*”³⁴⁴

3.2. Juiz Natural como Expressão do Princípio da Legalidade

Há uma relação funcional estrita que vincula independência judicial, imparcialidade e juiz natural, e que tem como ponto de convergência o princípio da legalidade³⁴⁵.

³⁴³ CAPPELLETI, M. Who Watches ... op. cit., p. 557. [Trad. de: “Judicial independence (from the executive) is itself anything but an ultimate value; far from being an end in itself, it is but an instrumental value, the goal of which is to safeguard another value, the impartiality of the judge. The ultimate value of judicial function is, then, to have a decision taken by an impartial third person after the parties have had a fair opportunity to present and defend their cases.”]

³⁴⁴ BADARÓ, G. H. **Juiz**... op. cit., p. 35. REQUEJO PAGÉS afirma a existência de uma relação de complementaridade entre independência judicial e imparcialidade: “se a independência se refere ao que *deve ser* a posição jurídica do juiz, a imparcialidade é o modo que o juiz tem de *ser* imparcial.” (REQUEJO PAGÉS, J. L. **Jurisdicción** ... op. cit., p. 171). E para LADRÓN DE GUEVARA, “todas as garantias [processuais] poderiam reduzir-se a uma, O JUIZ, já que as demais garantias não serviriam de nada sem contar com juizes independentes e imparciais” (LADRÓN DE GUEVARA, J. B. **Concepto** ... op. cit., p. 83. [Trad. de: “todas las garantías podrían reducirse a una, EL JUEZ, ya que las demás garantías no servirían de nada sin contar con jueces independientes e imparciales (...)”]).

³⁴⁵ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 321-322; FOSSAS ESPADALER, Enric. **Legislador y Derecho Fundamental al Juez Legal. InDret: Revista para el Análisis del Derecho**. n. 2 (abr./2016), p. 24. Há ainda quem entenda que a garantia do juiz natural tem por uma de suas finalidades possibilitar que o juiz respeite os princípios constitucionais da igualdade, independência e imparcialidade. Nesse sentido, cf.: GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. Madrid: Editorial Colex, 2007, p. 64-65. Na Corte Constitucional de Portugal, forjou-se precedente o sentido de que o princípio do juiz natural, juiz legal ou preconstituído “*é ainda uma projeção do princípio da legalidade, sobre a determinação do julgador em matéria penal.*” (TC – Ac. 614/2003). No mesmo sentido, defendendo que a garantia da preconstituição do juiz é uma projeção do *nullum crimen sine lege*: ANDRIOLI, Virgilio. **La Preconstituzione del Giudice. Rivista di Diritto Processuale**. V. XIX, 1964, p. 327. Na Espanha, após alguma oscilação jurisprudencial a respeito da vinculação entre juiz natural e imparcialidade, firmaram-se posicionamentos recentes conectando o direito ao juiz legal com a imparcialidade jurisdicional. Sobre o

Com efeito, segundo Pietro NUVOLONE, o princípio da legalidade aplicável ao processo penal se exprime em três proposições fundamentais, quais sejam, a submissão do juiz exclusivamente à lei (independência judicial), a inexistência de discricionariedade ou oportunidade no que tange ao exercício do direito de ação (obrigatoriedade) e a garantia de que ninguém será subtraído do julgamento pelo órgão jurisdicional competente (juiz natural)³⁴⁶. Em relação a essa última garantia, complementa Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO afirmando que “o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade.”³⁴⁷

Como se nota, o desenvolvimento dogmático do princípio do juiz natural pressupõe, para além do entrecruzamento de independência judicial e imparcialidade, enveredar por uma garantia que tem por escopo primário concretizar postulados de legalidade no processo penal³⁴⁸.

Segundo essa ótica, a garantia do juiz natural comporta dois aspectos que remontam às experiências históricas do direito inglês, com seus desdobramentos ao direito estadunidense e, precipuamente, do constitucionalismo francês pós Revolução Francesa, que influenciou, no ponto, as legislações europeias continentais posteriores.

Sem descurar do fato de que a moderna concepção de legalidade remonta a uma construção eminentemente estatalista, há quem aponte como antecedentes históricos à concretização formal da garantia do juiz natural as previsões dos arts. 20, 21 e 39, da Magna Carta de Liberdades, de 1215, bem como do art. 7º, do *Bill of Rights* de 1628 e do art. 3.1 do *Bill of Rights* de 1689, dos quais se poderia

tema, cf.: CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. Algunas Cuestiones Relativas al Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 10 (may-ago. 2010), p. 91.

³⁴⁶ NUVOLONE, Pietro. Processo Penale: legalità, giustizia e difesa sociale. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 11, n. 0 (1968), p. 7.

³⁴⁷ COUTINHO, J. N. M. Introdução ... op. cit., p. 174.

³⁴⁸ PISANI, Mario. La Garanzia del ‘Giudice Naturale’ nella Costituzione Italiana. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. a. IV, fasc. 2, 1961, p. 419. Com fundamento em Piero CALAMANDREI, Rogério Lauria TUCCI aduz que “integrando-se o **juiz natural** à determinação de irretroatividade da lei, se apresenta a **garantia**, na qual se consubstancia, ‘inseparável do princípio da legalidade’.” (TUCCI, R. L. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 121-122.)

extrair alguma forma de reação em face das justiças extraordinárias e, portanto, um contraponto ao julgamento efetivado por juízes *post factum*³⁴⁹.

Tais previsões teriam servido de influência à internalização da garantia do juiz natural no direito estadunidense³⁵⁰. Assim, exemplificativamente, o direito ao julgamento por um júri imparcial e/ou pelas leis da terra restou previsto na Seção VIII, da Declaração de Direitos da Virgínia (12.6.1776), no art. 9º, da Constituição da Pennsylvania (28.9.1776), no art. XXI, da Constituição de Maryland (11.11.1776), no art. 12, da Constituição da Carolina do Norte (18.12.1776) e no art. X, da Constituição de Vermont (8.7.1777).

Posteriormente, em 1791, com o conjunto de emendas à Constituição de 1787 (*Bill of Rights*), diversas garantias individuais foram acrescentadas ao texto constitucional dos Estados Unidos, dentre as quais se destaca, para o que aqui interessa, o direito ao julgamento por um júri imparcial e do distrito onde o crime houver sido praticado, conforme previsão contida na VI Emenda: "Em todas as acusações criminais, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, **por um júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido praticado, distrito esse que será previamente fixado em lei (...)**"³⁵¹ – g.n. –

A previsão pode ser decomposta em duas partes.

³⁴⁹ ROMBOLI, Roberto. **Il Giudice Naturale**: Studio sul Significato e la Portata del Principio nell'Ordinamento Costituzionale Italiano. Milano: Giuffrè, 1981, p. 5-6; PISANI, M. **Problemi della Giurisdizione Penale**. Padova: cedam, 1987, p. 71-72; PISANI, M. La Garanzia ... op. cit., p. 415-416; GRINOVER, A. P. O Principio ... op. cit., p. 4-8; TAORMINA, Carlo. **Giudice Naturale e Processo Penale**. Roma: s.e., 1972, p. 24 e ss; TAORMINA, C. Procedimento Direttissimo, Procedimento Immediato e Giudice Naturale. **Foro Italiano**. 1972, II, p. 411-412. Há, também, quem afirme a construção da garantia do juiz natural exclusivamente a partir da experiência do direito francês, como é o caso de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, para quem o princípio do juiz natural "*nasce vinculado ao pensamento iluminista e, conseqüentemente, à Revolução Francesa.*" (COUTINHO, J. N. M. Juiz Natural ... op. cit., p. 168). No mesmo sentido: DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il principio del 'giudice naturale' nel costituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia. **Historia Constitucional** (Revista Electrónica), n. 3, 2002, p. 134. Há, por outro lado, principalmente na doutrina espanhola, apontamentos no sentido de que o juiz natural tem por precedentes os Decretos da Coroa de Leão (1188), de Afonso IX de *Leon y Galicia*. Sobre o tema, cf.: MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 57-60; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. Concepto ... op. cit., p. 78; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. El Juez ... op. cit., p. 797-798.

³⁵⁰ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 51-53.

³⁵¹ No original: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law (...)"

A primeira delas consiste no direito ao julgamento por júri imparcial. Em que pese inexistir, expressamente, na experiência constitucional estadunidense, uma regra vedando a criação de órgãos jurisdicionais extraordinários, a interpretação conferida pela Suprema Corte dos EUA à previsão do julgamento por órgão imparcial, conforme *Duncan v. Louisiana* (1968), evidencia que a garantia da imparcialidade do júri tem por um de seus escopos evitar interferências políticas indevidas no julgamento, o que externa preocupação não apenas com a independência e imparcialidade judiciais, mas precipuamente com a inexistência de julgamentos arbitrários e de exceção³⁵².

A segunda parte do dispositivo contempla questões inerentes à competência territorial do júri, fixada segundo o *locus comissi delicti*, bem como à exigência de que o território seja fixado em lei prévia à prática dos fatos a serem julgados pelo júri. A regra do julgamento por juiz previamente fixado em lei ainda se coaduna com previsão mais geral, contida no art. 1º, Seção 9, Cláusula 3ª, segunda parte, da Constituição dos EUA, que contempla a vedação genérica de leis *ex post facto*³⁵³.

³⁵² *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968): “As garantias do julgamento pelo júri nas Constituições Federal e Estaduais refletem uma profunda orientação sobre a forma como a lei deve ser aplicada e a justiça administrada. O direito ao julgamento pelo júri é garantido aos acusados criminais de forma a prevenir a opressão pelo Estado. Aqueles que escreveram nossas constituições sabiam, da história e da experiência, que é necessário proteger os cidadãos contra processos penais infundados criados para eliminar inimigos e contra juízes demasiado responsivos à voz de autoridades superiores. **Os criadores das Constituições se esmeraram em criar um Poder Judiciário independente, mas insistiram em maior proteção contra ações arbitrárias [em face do cidadão].**” – g.n. – [Trad. de: “The guarantees of jury trial in the Federal and State Constitutions reflect a profound judgment about the way in which law should be enforced and justice administered. A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government. Those who wrote our constitutions knew from history and experience that it was necessary to protect against unfounded criminal charges brought to eliminate enemies and against judges too responsive to the voice of higher authority. The framers of the constitutions strove to create an independent judiciary, but insisted upon further protection against arbitrary action.] Na doutrina, breves comentários sobre a imparcialidade do júri podem ser conferidos em: CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 275-276.

³⁵³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146; GRINOVER, A. P. O Princípio ... op. cit., p. 9. A extensão da garantia do julgamento no *locus comissi delicti*, contudo, sofre algumas mitigações, como adverte CORWIN: “(...) nas condições modernas, a vizinhança do crime pode se espalhar por e além das fronteiras de vários Estados; assim, pessoas acusadas de conspirar para a violação de leis dos Estados Unidos ou por fraudar o Governo Nacional, podem ser conduzidas às mais remotas partes da União em virtude de algo feito ali por outra pessoa. Além disso, nos crimes contra as leis federais não cometidos dentro de um Estado, tem o Congresso o poder exclusivo de prescrever o lugar do julgamento; tal crime não é local e pode ser

O respeito à regra de fixação da competência territorial do júri no *locus comissi delicti* vem destacada, exemplificativamente, em *Salinger v. Loisel*, quando a Suprema Corte dos EUA consignou de forma expressa que

“(…) o acusado não pode ser julgado em um distrito, quando o ato de indiciamento demonstrar que a ofensa não foi praticada naquele local. Também deve ser considerado que **não há autoridade para a remoção para um distrito diferente daquele em que a Constituição autoriza que o julgamento seja realizado.**”³⁵⁴ – g.n. –

Como se vê, a inexistência expressa do princípio do juiz natural não impede, na experiência do direito anglo saxão, que se respeitem critérios legais estritos de definição da autoridade judiciária competente, de modo a se evitar julgamentos por órgãos extraordinários, respeitando-se ainda a fixação do júri segundo o *locus comissi delicti* e às regras preexistentes aos fatos a serem julgados.

Em que pese a importância da experiência do direito inglês e estadunidense para a construção e compreensão das garantias afetas à competência jurisdicional, a gênese da garantia do juiz natural na experiência do direito europeu continental – que influenciou de forma mais direta o ordenamento jurídico brasileiro – remete à Revolução Francesa.

O contexto de afirmação progressiva do princípio tem por pano de fundo a extinção das justiças senhoriais – pelo que todos “passam a ser submetidos aos

julgado no lugar que o Congresso designar, seja antes ou depois de haver sido o crime cometido.” (CORWIN, E. S. *A Constituição* ... op. cit., p. 276.)

³⁵⁴ *Salinger v. Loisel*, 265 U.S. 224 (1924): “(...) the accused cannot be tried in one district on an indictment showing that the offense was not committed in that district; and it also must be conceded that there is no authority for a removal to a district other than one in which the Constitution permits the trial to be had.” Em precedente construído vinte anos antes, a Suprema Corte já havia expressado orientação similar, ao consignar que “*a localidade na qual se alega ter sido praticada a ofensa determina, segundo a Constituição e as leis, o local e a corte de julgamento.*” (*Beavers v. Henkel*, 194 U.S. 73, 83 (1904), [Trad. de: “The locality in which an offence is alleged to have been committed determines, under the Constitution and laws, the place and court of Trial.”]). Há diversos outros precedentes – alguns dos quais mais recentes – que chancelam a regra da competência territorial no *locus comissi delicti*, em conformidade com a VI Emenda à Constituição dos EUA. Nesse sentido, cf.: *Haas v. Henkel*, 212 U.S. 462 (1910); *Brown v. Elliot*, 225 U.S. 392 (1912); *Hyde v. Unites States*, 225 U.S. 347 (1912) e *United States v. Cabrales*, 524 U.S. 1 (1998).

mesmos tribunais”³⁵⁵ – e, de forma mais abrangente, relaciona-se ao movimento reformista de finais do séc. XVIII, que teve por escopo frear o autoritarismo do sistema punitivo inquisitorial prevalente à época³⁵⁶.

A previsão do *juge naturel* aparece no direito positivo pela primeira vez³⁵⁷, de forma expressa, no art. 17, da Lei de 16-24.8.1790: “a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser turbada, nem os jurisdicionados subtraídos dos seus juizes naturais, por alguma comissão, nem através de outras atribuições ou avocações, salvo aquelas determinadas pela lei.”³⁵⁸ A mesma previsão, com algumas adaptações terminológicas, é incorporada posteriormente na regra do art. 4º, da Constituição de 1791³⁵⁹.

Compreender o sentido e o alcance da previsão do juiz natural no momento de sua gênese implica dar um passo atrás na história para enveredar, ainda que brevemente, na administração da justiça francesa durante o *Ancien Régime*.

Com efeito, o período das monarquias absolutas em França é marcado pela forte concentração de poder na figura do rei. No campo jurídico, essa concentração foi representada pela prevalência do poder central (monarca) em face dos poderes locais (senhores feudais) e da justiça eclesiástica, de modo que as influências do direito germânico paulatinamente cederam espaço à

³⁵⁵ COUTINHO, J. N. M. Juiz Natural ... op. cit., p. 168.

³⁵⁶ ROMBOLI, R. **Il Giudice** ... op. cit., p. 8-9; NUVOLONE, P. Processo ... op. cit., p. 13; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. t. I. 3ª ed. 2ª reimp. actual. Cordoba: Editorial Cordoba, 1986, p. 131 e ss; MAIER, J. B. J. **Derecho** ... op. cit., p. 334 e ss.

³⁵⁷ Importante ressaltar que a locução “*juge naturel*” fazia parte da cultura jurídica francesa desde os séculos XVI e XVII, aparecendo, exemplificativamente, no *Dictionnaire de L’Académie Française* (1694), bem como em escritos de Etienne PASQUIER e Cardin LE BRET. Nesse sentido, cf.: DEL FRATE, P. Il Principio ... op. cit., p. 136.

³⁵⁸ No original: “l’ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni lès justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d’autres atributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi.”

³⁵⁹ DEL FRATE, P. A. Il principio ... op. cit., p. 135. RENOUX, Thierry S. Il Principio del Giudice Naturale nel Diritto Costituzionale Francese. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 158 e ss. Conforme Ada Pellegrini GRINOVER, “Em ambos os textos, ao juiz natural opõem-se os institutos da *comissão*, da *atribuição* e da *evocação*, expressões, todas, próprias do Estado absoluto e presas à concepção da derivação do poder jurisdicional da figura do soberano.” (GRINOVER, A. P. O Principio ... op. cit., p. 10)

internalização do direito romano-canônico. A lógica centralizadora e autoritária é regulamentada, dentre outras, pelas Ordenanças de 1498 e 1539³⁶⁰.

É, porém, com as *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luis XIV – o maior monumento inquisitorial laico de que se tem conhecimento, na opinião de Franco CORDERO³⁶¹ –, que a imposição da jurisdição real em detrimento das jurisdições eclesiástica e feudal se torna mais nítida.

No campo da administração da justiça, a concentração de poder nas mãos do rei se tornou possível através de mecanismos que permitiam a flexibilização das regras de competência. Assim, alterou-se a regra geral de definição do local do julgamento a partir do domicílio do acusado e/ou do local da prisão pela do *locus comissi delicti* (art. 1, tit. I), estabelecendo-se ainda casos de competência exclusiva dos tribunais reais, segundo critérios semânticos extremamente porosos e cláusulas de encerramento abertas (art. 11). Ademais, passou-se a submeter a extragrande maioria dos casos criminais julgados nas justiças senhoriais a um tribunal de segunda instância, composto exclusivamente por juízes reais, o que limitou sobremaneira – quando não anulou por completo – o exercício das jurisdições locais³⁶².

A concentração de poder real de julgamento também encontrava amparo na “organização judiciária”, composta por *justice concédée*, *justice déléguée* e *justice retenue*. A primeira consistia em uma justiça administrada pelos senhores feudais, em decorrência de concessão régia. A segunda se exercia por delegação real a titulares de cargos venais, hereditários e inamovíveis. E a *justice retenue* consistia na forma de administração da justiça que não era concedida nem

³⁶⁰ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal**: la realización penal. t. I (conceptos generales). Buenos Aires: Culzoni Editores, 2004, p. 132; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 54.

³⁶¹ CORDERO, F. **Guida** ... op. cit. p. 47.

³⁶² BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 55: “Além disso, os tribunais reais também tinham o direito de prevenção sobre os juízes senhoriais, para os quais, na prática, somente restavam as matérias que não eram de interesse da coroa. Porém, no campo penal, o instrumento mais efetivo foi submeter toda e qualquer decisão da justiça senhorial à apelação para tribunais de segunda instância integrados exclusivamente por juízes reais.”

delegada, sendo exercida pelo rei, pessoalmente ou através de comissões, atribuições e evocações (*évocations*)³⁶³.

Segundo DEL FRATE, é na *justice retenue* que se observa a maior expressão das violações ao princípio do juiz natural e às regras legais de fixação de competência:

“No *Ancien Régime*, com base na teoria da *justice retenue*, o rei podia subtrair um processo da jurisdição competente e avocá-lo ao seu Conselho – no caso da *évocation* – ou confiá-lo a uma jurisdição *ad hoc*, composta por ‘comissários’ escolhidos para essa finalidade, através de uma *commission*. Ele também poderia instituir novas jurisdições, como as *commissions extraordinaires* ou *chambres de justice*, com jurisdição penal extraordinária, instituídas com vistas a um caso específico e composta por juízes que não conferiam nenhuma garantia de imparcialidade. A criação ou supressão de jurisdições por parte do governo poderia constituir um verdadeiro e próprio instrumento de luta política.”³⁶⁴

Contudo, os influxos políticos e filosóficos de caráter humanistas difundidos à época fizeram com que os pilares autoritários do regime monárquico estabelecido em França fossem paulatinamente postos em cheque. Antes mesmo da Revolução Francesa, algumas modificações no sentido da incorporação de ideais iluministas ao regime são promovidas, como é o caso da abolição formal

³⁶³ ROMBOLI, R. **Il Giudice** ... op. cit., p. 10-11; PISANI, M. *La Garanzia* ... op. cit., p. 416-417; GRINOVER, A. P. *O Princípio* ... op. cit., p. 10-11; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 56-57.

³⁶⁴ DEL FRATE, P. A. *Il Princípio* ... op. cit., p. 135. [Trad. de: “Nell’*Ancien Régime*, in base alla teoria della *justice retenue*, il re poteva sottrarre un processo alla giurisdizione competente e avocarla al suo Consiglio – nel caso della *évocation* – o affidarlo a una giurisdizione *ad hoc*, composta da “commissari” scelti allo scopo, attraverso una *commission*. Egli poteva dunque istituire nuove giurisdizioni, come le *commissions extraordinaires* o *chambres de justice*, ossia giurisdizioni penali straordinarie, istituite in vista di uno specifico giudizio e composte da giudici che non davano alcuna garanzia d’imparzialità. La creazione o la soppressione di giurisdizioni da parte del governo poteva costituire un vero e proprio strumento di lotta politica.”]. CORDERO é ainda mais enfático: “Quanta jurisdição compete ao rei? Toda, em potência, enquanto são seus os conselheiros, os comissários e depois os oficiais por tempo indefinido, adquiriram o escritório, inalienável e transmissível *mortis causa*, ou foram justiças reais inamovíveis *quamdiu se bene gesserint*; ao instituí-los não se despojou delas e quando quer a exerce pessoalmente ou mediante comissários (ou com golpes menos brutais, transfere as causas de um a outro dos juízes titulares). É um axioma constitucional do antigo regime que existe uma *justicia retenida*.” (CORDERO, F. **Procedimiento Penal**. t. I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Themis, 2000, p. 99. [Trad. de: “Cuanta jurisdicción le queda al rey? Toda, en potencia, si bien los consejeros suyos, luego sus comisarios y después los oficiales por tiempo indefinido, adquirieron el despacho, enajenable y transmisibile *mortis causa*, o fueron justicias reales inamovibles *quamdiu se bene gesserint*; al instituirlos no se ha despojado de ella y cuando quiere le ejerce personalmente o mediante comisarios (o con golpes menos brutales, transfere las causas de uno a otro de los jueces titulares).”])

da tortura, através da Declaração de 24.8.1780, de Luis XVI. E na antessala do período revolucionário, em 1788, quando o poder de regramento penal foi exercido pela última vez em sede real, Luis XVI reconhece a necessidade de submeter as *Ordonnance Criminelle* de 1670 a uma profunda revisão e reforma³⁶⁵.

Sedimentava-se, então, o pavimento que sustentou, do ponto de vista jurídico, a Revolução Francesa.

E dentre as primeiras ações revolucionárias no plano jurídico, em 8-9.10.1789, a Assembleia Constituinte produz uma reforma provisória na Ordenança de 1670, no intuito de eliminar os abusos e violações mais graves, reforçando-se a posição de sujeito de direitos do cidadão acusado. Posteriormente, um conjunto de sensíveis modificações legais foi implementado, culminando com a Lei de 16-29.9.1791, através da qual a Assembleia Constitucional derogou a Ordenança de 1670 – inserindo no ordenamento Francês uma regulamentação fortemente influenciada pela tradição anglo saxã –, em que pese não se ter sepultado integralmente a sistemática e a mentalidade inquisitorial na administração da justiça criminal francesa³⁶⁶.

No que diz com o juiz natural, destaca-se a previsão do art. 16, da Lei de 16-24.8.1790, segundo a qual “*qualquer privilégio em matéria jurisdicional é abolido; todos os cidadãos, sem distinções, participam do processo segundo os mesmos procedimentos, diante dos mesmos juízes e nos mesmos casos*”, bem como a já citada previsão de que “*a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser turbada, nem os jurisdicionados subtraídos dos seus juízes naturais, por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações, a não ser aquelas determinadas pela lei.*” (art. 17).

³⁶⁵ VÉLEZ MARICONDE, A. **Derecho** ... op. cit., p. 135-136; MAIER, J. B. J. **Derecho** ... op. cit., 339-341; VÁZQUEZ ROSSI, J. E. **Derecho** ... op. cit., p. 136-137. No que diz com a organização judicial, VÉLEZ MARICONDE e MAIER destacam que as reformas almejadas caminhavam no sentido da supressão das comissões especiais, na abolição da competência da justiça eclesiástica em matéria penal e no desaparecimento da teoria da *justice retenue*.

³⁶⁶ VÉLEZ MARICONDE, A. **Derecho** ... op. cit., p. 137; MAIER, J. B. J. **Derecho** ... op. cit., p. 341-346; VÁZQUEZ ROSSI, J. E. **Derecho** ... op. cit., p. 137.

No aspecto jurídico, o que se destaca em relação ao juiz natural na legislação revolucionária é a clara intenção de concretizar os princípios da isonomia e legalidade no âmbito da administração da justiça, pretendendo-se submeter todos os cidadãos ao julgamento por juízes definidos em lei³⁶⁷. No campo político, a garantia tem por escopo precípua limitar os poderes reais, assegurando-se a independência judicial:

“Além da declaração afirmativa do direito ao juiz natural, houve, também, a preocupação de vedar, expressamente, as formas de ingerência real na administração da justiça. Nessa fase inicial, portanto, a *ratio* da garantia do juiz natural não era tanto assegurar o juiz imparcial, mas a independência judicial. De que adiantaria o direito a um juiz determinado por lei, se no momento de julgar, este magistrado estivesse sujeito a indicações? O objetivo político era, pois, reagir contra um sistema em que os tribunais estavam à mercê do Poder, carecendo da liberdade necessária para decidir com justiça. E, para assegurar a independência do Judiciário frente ao monarca, foram proibidos os três poderes distintos por meio dos quais o rei poderia subtrair o acusado do seu juiz natural: comissão, evocação e atribuição.”³⁶⁸

Pouco tempo após a positivação do juiz natural no plano legal, a garantia é incorporada no art. 4º, Cap. V, Tit. III, da Constituição de 3.9.1971³⁶⁹ e,

³⁶⁷ ROMBOLI, R. **Il Giudice** ... op. cit., p. 9-10; COUTINHO, J. N. M. O princípio ... op. cit., p. 169: “Vem à lume, assim, com o escopo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), assim como afastar a criação de tribunais de exceção, ditos *ad hoc* ou *post factum*. Destarte, todos passam a ser julgados pelo “seu” juiz, o qual se encontra com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, em uma lei vigente antes da prática do crime, de modo a que o alcance, sempre. Como se sabe, tratava-se de uma das regras mais importantes da expressão política no jurídico porque, manifestando a principiologia do novo regime, servia (pelo menos era o que se pensava) para enterrar de vez o Ancien Régime e sua quebra de isonomia, patente, declarada, incentivada e aceita.”

³⁶⁸ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 58. No mesmo contexto, destaca PISANI que “o apelo à noção de ‘juiz natural’ representava o momento lógico de uma significativa reação polêmica contra os arbítrios perpetrados, logo em seguida, ou através de ‘evocações’, vale dizer, através da subtração, a beneplácito do soberano absoluto, de determinadas causas do tribunal previsto pelos ordenamentos gerais, para atribuí-los a uma corte de justiça incompetente ou, de modo particular, através da constituição, *post factum*, de comissões, nomeadamente de órgãos com aparências judiciárias, mas em realidade movidas por espírito de parte.” (PISANI, M. **Problemi** ... op. cit., p. 72. [Trad. de: “L’appello alla nozione di ‘giudice naturale’ rappresentava il momento logico di una decisa reazione polemica contro gli arbitri perpetrati, prima d’allora, o attraverso le ‘evocazioni’, vale a dire attraverso la sottrazione, a beneplácito del sovrano assoluto, di determinate cause al tribunale previsto dagli ordinamenti generali per attribuirle ad una corte di giustizia incompetente, o, in particolare modo, attraverso la costituzione, *post factum*, di commissioni, e cioè di organi all’apparenza giudiziari, ma in realtà mossi da spirito di parte.”])

³⁶⁹ “Os cidadãos não podem ser subtraídos dos juízes que a lei lhes assinala, por alguma comissão, nem por outras atribuições e evocações, a não ser aquelas que sejam determinadas pela lei.”

posteriormente, no art. 204, da Constituição de 22.8.1795³⁷⁰, expressa sob o significativo “*juiz assinalado por lei*”. Conforme destaca ROMBOLI, é na Constituição de 1795 que pela primeira vez se faz menção ao juiz natural como sendo aquele previamente constituído por lei, e não apenas como sendo o juiz constituído por lei³⁷¹.

Modificações desse porte, porém, não se concretizam sem resistências³⁷². Com efeito, entre as Constituições de 1791 e 1795, pouco tempo após a tentativa de implementação de ideias jurídico humanistas no ordenamento criminal francês, o projeto político jacobino prevalece “*e os princípios do garantismo judiciário foram postos em segundo plano*”³⁷³. Em claro retrocesso civilizatório, a Constituição de 24.6.1793 ignora a garantia do juiz natural, em posição que permanece durante o regime napoleônico:

“O ordenamento judiciário no período napoleônico se destina principalmente a privilegiar, como é notório, a eficácia e rapidez do sistema [penal], ao escopo de assegurar o controle da ordem pública. Ainda que a custo de sacrificar parte das grandes conquistas humanitárias e das garantias judiciárias introduzidas pela Revolução, recuperando alguns institutos e princípios típicos do *Ancien Régime*: foi o caso do princípio do juiz natural que foi abandonado pelo ordenamento napoleônico, que institui numerosas jurisdições extraordinárias.”³⁷⁴

³⁷⁰ “Ninguém pode ser subtraído dos juízes que a lei lhes assegure, através de alguma comissão, nem outras atribuições que aquelas determinadas por uma lei anterior.”

³⁷¹ ROMBOLI, R. *Il Giudice* ... op. cit., p. 13.

³⁷² RENOUX, T. S. *Il Principio* ... op. cit., p. 162: “A proclamação do princípio [do juiz natural] não impediu a proliferação de jurisdições de exceção (...).” [Trad. de: “La proclamazione del principio non ha impedito la proliferazione delle giurisdizioni d’eccezione (...).”]

³⁷³ DEL FRATE, P. A. *Il Principio* ... op. cit., p. 137. [Trad. de: “(...) i principi del garantismo giudiziario furono posti in secondo piano.”]. Na página subsequente, DEL FRATE destaca que o projeto constitucional girondino de 15 de fevereiro de 1793 previa a garantia do juiz natural no art. 1º, Seção VI, Título X (“os cidadãos não podem ser destituídos dos juízes que a lei constitucional lhes assegure”). O texto girondino, porém, foi abandonado.

³⁷⁴ DEL FRATE, P. A. *Il Principio* ... op. cit., p. 138. [Trad. de: L’ordinamento giudiziario nel periodo napoleonico intese soprattutto privilegiare, com’è noto, l’efficacia e la rapidità del sistema, allo scopo di assicurare il controllo dell’ordine pubblico. Ciò anche a costo di sacrificare parte delle grandi conquiste umanitarie e delle garanzie giudiziarie introdotte dalla Rivoluzione, recuperando alcuni istituti e principi tipici dell’Ancien Régime: fu il caso del principio del giudice naturale che fu abbandonato dall’ordinamento napoleonico che istituì innumerevoli giurisdizioni straordinarie.” MAIER destaca, ainda, as violações ao princípio do juiz natural através da Lei de 7.12.1801, que criou um tribunal criminal

Na evolução do constitucionalismo francês, o princípio do juiz natural reaparece com a Constituição de 1814, que consagra a garantia em um duplo aspecto, tanto na fórmula segundo a qual “ninguém poderá ser subtraído do seu juiz natural” (art. 62), como no sentido de que “não poderão em consequência ser criadas comissões e tribunais extraordinários” (art. 63), em que pese não se ter, naquele momento, incluído no âmbito da vedação as *cours prévôltes*, as quais foram instituídas posteriormente pela Lei de 20.12.1815³⁷⁵.

A exceção estipulada em relação às *cours prévôltes* representava evidente hipótese de flexibilização à regra geral da vedação de tribunais extraordinários – logo, mitigação da garantia individual ao juiz natural –, o que foi motivo de severas críticas por parte dos liberais. As posições de resistência serviram ao fortalecimento do princípio do juiz natural nas Constituições posteriores³⁷⁶.

Assim, na Constituição de 1830, além de se repetir a previsão de que “ninguém poderá ser subtraído de seu juiz natural” (art. 53), estipulou-se de forma absoluta a vedação de tribunais extraordinários: “não poderão, em consequência, ser criadas comissões e tribunais extraordinários, a qualquer título e sob qualquer denominação que possam ter.” (art. 54). Previsões semelhantes foram igualmente positivadas no art. 4º, da Constituição de 1848, sendo esta a última carta constitucional que albergou de forma expressa, no ordenamento francês, a garantia do juiz natural.

especial, cuja competência era definida segundo a lógica das *cours prévôltes* (MAIER, J. B. J. **Derecho** ... op. cit., p. 350)

³⁷⁵ RENOUX, T. S. Il Principio ... op. cit., p. 162. Conforme DEL FRATE, as *cours prévôltes* “se tratavam de jurisdições extraordinárias, compostas por juizes civis e militares, instituídas *post factum*.” (DEL FRATE, P. A. Il Principio ... op. cit., p. 139. [Trad. de: “Si trattava di giurisdizioni straordinarie, composte da giudici civili e militari, istituite *post factum*.”])

³⁷⁶ DEL FRATE, P. A. Il Principio ... op. cit., p. 139: “A debilidade das garantias constitucionais previstas na *Charte* e a gravidade da derrogação introduzida no art. 63 foi denunciada sobretudo pela doutrina jurídica liberal. Foi o caso, por exemplo, de Benjamin de Constant que, em numerosas ocasiões, evidenciou a periculosidade das jurisdições extraordinárias e, particularmente daquelas militares, e afirmou a necessidade de salvaguardar a estabilidade das jurisdições (...).” [Trad. de: La debolezza delle garanzie giurisdizionali previste dalla *Charte* e la gravità della deroga introdotta dall’art. 63 furono denunciate soprattutto dalla dottrina giuridica liberale. Fu il caso, ad esempio, di Benjamin de Constant che, in numerose occasioni, evidenziò la pericolosità delle giurisdizioni straordinarie e, particolarmente di quelle militari, e affermò la necessità di salvaguardare la stabilità delle giurisdizioni (...).]

Nas Constituições posteriores – de 1852, 1875, 1946 e na atual, de 1958 – não aparecem referências explícitas ao princípio do juiz natural, ainda que isso não represente o seu abandono. É que na moderna experiência do direito Francês, extrai-se o juiz natural do princípio da isonomia, em que pese se admitir, na atual concepção emprestada ao princípio, a aplicação imediata de regras que alteram competência a casos em curso³⁷⁷.

A partir da experiência derivada do constitucionalismo francês, a garantia do juiz natural se espalhou para outros países de sistema *civil law*, que paulatinamente incorporaram em seus ordenamentos, em maior ou menor extensão, a garantia em seu duplice aspecto, quais sejam, vedação de tribunais extraordinários e direito ao julgamento pelo órgão jurisdicional competente.

Assim, exemplificativamente, e para ficar apenas em dois países, é possível referir as experiências do direito Espanhol (*juex ordinario predeterminado por ley*) e Italiano (*giudice naturale*)³⁷⁸.

³⁷⁷ RENOUX, T. S. Il Principio ... op. cit., p. 161-177. Segundo RENOUX, diferentemente do direito italiano – que contempla de forma expressa no texto constitucional o princípio do juiz natural –, não há na atual Constituição francesa ou em legislação infraconstitucional referências explícitas do direito ao julgamento por juiz competente. Porém, essa garantia decorre do princípio da isonomia, expresso tanto em sede constitucional como na declaração de direitos do homem de 1789 (arts. 16 e 17). Isso implica reconhecer que a garantia do juiz natural decorre da igualdade dos cidadãos frente à justiça, conforme decisão de 23 de julho de 1975, do Conselho Constitucional. No contexto, as desigualdades das situações jurídicas dos cidadãos promovidas desde o *Ancien Regime* – que em âmbito judiciário eram traduzidas por discriminações na forma de fixação do órgão judicial, causando uma desigualdade predeterminada de julgamento – são substituídas por regras gerais, abstratas e aplicáveis a todos indistintamente. Uma das consequências dessa nova concepção jurídica consiste na abolição formal dos “privilégios de jurisdição”, passando todos os cidadãos a serem julgados pelo órgão jurisdicional definido em lei. Ainda assim, na modernidade, a garantia do juiz natural no direito francês é menos ampla em relação ao direito italiano. Enquanto na Itália a garantia possui aspecto tríptico (reserva de lei, vedação de órgãos extraordinários e direito ao juiz preconstituído por lei), em França é compreendida no sentido de que as partes processuais possuem o direito a serem julgadas de modo igual, pelas mesmas regras processuais e materiais (identidade de jurisdição, identidade de regras processuais e materiais). Segundo essa lógica, há, no direito Francês, vedação a juízos extraordinários e reserva de lei na definição do órgão competente. Contudo, tem-se admitido que regra nova modificativa de competência se aplique a casos em curso – desde que a lei nova seja geral e abstrata –, o que mitiga o aspecto da preconstituição legal.

³⁷⁸ Há outros países que internalizaram a garantia do juiz natural, com inspiração na experiência derivada do constitucionalismo francês. Roberto ROMBOLI menciona, por exemplo, os arts. 8º e 94, da Constituição Belga de 1831, que previu, respectivamente, a regra do julgamento pelo órgão jurisdicional determinado em lei e a vedação da constituição de justiças ou tribunais especiais. No mesmo sentido são os arts. 13 e 86, da Constituição de Luxemburgo de 1868. Cf.: ROMBOLI, R. *Il Giudice* ... op. cit., p. 15. Na Alemanha, a construção do princípio do juiz natural também seguiu, em certa medida, a experiência do direito Francês, como demonstra HARTWIG, Matthias. *Il Gesetzliche Richter* di cui All'Art. 101, 1º Comma, 2ª Proposizione, del *Grundgesetz*. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 83. Referências a diversos outros países (Chipre, Bulgária, Cuba, Dinamarca, dentre outros),

Na Espanha³⁷⁹, a garantia do juiz natural aparece pela primeira vez no âmbito do direito positivo na Constituição de Cádiz (1812), contemplando tanto a vedação à instituição de órgãos jurisdicionais extraordinários (art. 243³⁸⁰) como o direito ao julgamento pelo órgão jurisdicional previamente fixado em lei (art. 247³⁸¹).

Posteriormente, o princípio do juiz natural é positivado nas Constituições de 1837 (art. 9º) e 1845 (art. 9º), com conteúdo similar, limitando-se a garantia exclusivamente aos casos penais³⁸²: “nenhum espanhol pode ser processado e condenado senão pelo Juiz ou Tribunal competente, em virtude de leis anteriores ao crime e na forma que estas prescrevem.”³⁸³

Na Constituição de 1869, “de conteúdo mais liberal e democrático”³⁸⁴, a garantia do juiz natural é expressa, com maior amplitude em face das disposições das constituições anteriores, na regra do art. 11: “1. Nenhum espanhol poderá ser processado nem sentenciado senão pelo Juiz ou Tribunal a quem, em virtude de leis anteriores ao delito, compita o conhecimento do caso, e na forma que estas

bem como em declarações internacionais, pode ser consultada em: MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 68-77. Uma breve síntese da construção da garantia do juiz natural nos diversos países de tradição *civil law* pode ser consultada em: BADARÓ, G. **Juiz** ... op. cit., p. 65-78.

³⁷⁹ Relativamente aos precedentes históricos da garantia do juiz natural na Espanha, cf.: DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. *Il Juez Ordinario Predeterminado por la Ley di cui all'art. 24, comma 2º, della Costituzione Spagnola. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, p. 107-110. Destaca-se a influência direta do constitucionalismo francês na construção do princípio do *juez ordinario predeterminado por ley* no direito espanhol. Há versão do texto em Espanhol: DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *El Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley. Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 11, n. 31 (enero/abril 1991), p. 75-123.

³⁸⁰ No original: “Art. 243 – Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.”

³⁸¹ No original: “Art. 247 – Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley.”

³⁸² DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *Il Juez* ... op. cit., p. 108-109. Da conjugação dos arts. 16 e 78, da Constituição de 1876, extrai-se um princípio de legalidade na fixação da competência, em que pese disso não se poder deduzir predeterminação legal do órgão jurisdicional competente.

³⁸³ No original, da Constituição Espanhola de 1845: “Art. 9º – Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban.”

³⁸⁴ A expressão é de DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *Il Juez* ... op. cit., p. 108. [Trad. de: “(...) di contenuto più liberale e democratico (...).”]

prescrevam. 2. Não poderão ser criados tribunais extraordinários nem comissões especiais para conhecer de nenhum delito.”³⁸⁵

Na regra do art. 16, da Constituição de 1876³⁸⁶, a previsão do juiz natural é retomada em moldes análogos aos das Constituições de 1837 e 1845. O princípio é complementado de perto pela regra do art. 78, que estabelecia uma reserva de lei na criação de órgãos jurisdicionais³⁸⁷ ao prever que “as leis determinarão os Tribunais e Juízes que devem existir, a organização de cada um (...)”³⁸⁸.

Com a Constituição Republicana de 1931, o princípio do juiz natural é positivado de forma imprecisa e em termos porosos, na segunda parte do art. 28: “Ninguém será julgado senão por juiz competente e conforme os trâmites legais.”³⁸⁹ A imprecisão da regra não permitia que dela se pudesse deduzir nem a predeterminação do órgão jurisdicional competente, nem mesmo a legalidade das regras sobre a competência³⁹⁰.

Em análise dos dispositivos constitucionais que, historicamente, contemplaram a garantia do juiz natural na Espanha, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ extrai as seguintes conclusões: **a)** em todas as Constituições se recepcionou, de algum modo, a garantia do juiz legal; **b)** tratava-se de garantia limitada sobremaneira ao processo penal; **c)** tratava-se de garantia centrada na ideia de

³⁸⁵ No original: “Art. 11 – 1. Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban. 2. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito.”

³⁸⁶ No original: “Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito.”

³⁸⁷ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *El Juez ... op. cit.*, p. 108.

³⁸⁸ No original: “Art. 78 – Las leyes determinarán los Tribunales y Juzgados que ha de haber, la organización de cada uno (...)”

³⁸⁹ No original: “Art. 28 – Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales.”

³⁹⁰ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *El Juez ... op. cit.*, p. 109: “A Constituição de 1931, surpreendentemente, é muito mais imprecisa do que aquelas anteriores, já que, limitando a garantia ao campo penal, não exige de modo claro nem a predeterminação [do órgão jurisdicional competente] nem a legalidade da competência (o princípio de legalidade parece referido somente ao procedimento).” [Trad. de: “La Costituzione del 1931, sorprendentemente, è molto più imprecisa di quelle anteriori, giacché, limitando la garanzia al campo penale, non esige in modo chiaro né la predeterminazione né la legalità della competenza (il principio di legalità sembra riferito soltanto al procedimento).”]

juiz competente; **d**) havia oscilação e ausência de clareza legal quanto à necessidade de predeterminação do órgão jurisdicional competente e; **e**) a experiência histórica comprovou que, em largos espaços, a eficácia das garantias constitucionais ao juiz natural foram burladas pela criação, por regras infraconstitucionais, de órgãos jurisdicionais extraordinários, ou mesmo por designações discricionárias de julgamentos³⁹¹.

Na Constituição de 1978, a garantia do juiz natural vem prevista em dois preceitos complementares, os quais englobam tanto o direito ao julgamento pelo *juez ordinario predeterminado por la ley* (art. 24.2), como a proibição dos *tribunales de excepción* (art. 117.6)³⁹².

Na Itália, o princípio do *giudice naturale* aparece pela primeira vez na regra do art. 127, da *Costituzione dela Repubblica di Bologna* (1796), segundo a qual “ninguém pode ser subtraído do juiz, que lhe assegura a lei”³⁹³. A expressão *giudici naturali* surge no direito positivo italiano em 1815, na regra do art. 163, da *Costituzione del regno di Napoli*³⁹⁴: “ninguém pode ser subtraído dos seus juízes naturais. Portanto, está vedada qualquer comissão extraordinária para o exercício das funções jurisdicionais.”³⁹⁵ A disposição vinha ainda reforçada pela previsão do art. 164: “Todas as cortes especiais restam dissolvidas ao se publicar

³⁹¹ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *Il Juez ... op. cit.*, p. 109- 110. Refere-se, como exemplo de regra infraconstitucional tendente a burlar a garantia do juiz natural, mediante a possibilidade de designação de julgamento por órgão extraordinário ou escolhido através de critérios discricionários, o art. 1º, do Decreto Lei de 17.7.1947.

³⁹² Em interpretação dos dispositivos, no sentido de estabelecer uma definição do juiz natural, GIMENO SENDRA afirma que muito embora “a determinação do conceito constitua uma questão nada pacífica, podemos definir o juiz legal como o direito fundamental, que assiste a todos os sujeitos de direito, a serem julgados por um órgão jurisdicional, criado mediante lei orgânica e pertencente à jurisdição penal ordinária (...) e constituído com respeito às normas comuns de competência pré estabelecidas.” (GIMENO SENDRA, V. **Derecho ... op. cit.**, p. 64-65. [Trad. de: “(...) la determinación del referido concepto constituya una cuestión nada pacífica, que assiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdicional, creado mediante Ley Orgánica y pertencente a la jurisdicción penal ordinaria (...) y constituído con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.”])

³⁹³ No original: “Niuno può essere sottratto dal Giudice, che gli accenna la legge.”

³⁹⁴ Conforme destaca Mario PISANI, em comparação com o art. 62, da Constituição Francesa de 1814, os arts. 163 e 164, da Constituição Napolitana, representavam a garantia do juiz natural em maior extensão, pois vedavam de forma expressa a criação de juízos extraordinários. Isso inclusive serviu para que estes últimos dispositivos servissem de modelo para diversos outros países europeus. Nesse sentido, cf.: PISANI, M. **Problemi ... op. cit.**, p. 73.

³⁹⁵ No original: “Niuno potrà essere sottratto a’suoi giudici naturali. Resta quindi vietata ogni commissione straordinaria perl’esercizio dele funzioni giudiziarie.”

essa Constituição. Não poderá estabelecer-se alguma, senão por força de uma lei especial.”³⁹⁶

O princípio do juiz natural veio ainda previsto, no ordenamento positivo italiano, em diversos diplomas legais de ano de 1848, como é o caso do *Statuto Albertino* (art. 71), da *Costituzione del Regno delle Due Sicilie* (art. 25 e 237), do *Statuto del Granducato di Toscana* (art. 4º), do *Statuto Fondamentale del Governo Temporale degli Stati della Chiesa* (art. 4º) e na *Costituzione della Repubblica Romana* (art. 4º) de 1849³⁹⁷.

Esses dispositivos, em maior ou menor extensão, serviram de base à incorporação do juiz natural na atual Constituição Italiana de 1948, que na regra do art. 25, primeira parte, prevê que “ninguém poderá ser subtraído do juiz natural preconstituído por lei.”³⁹⁸ Em complemento à garantia do julgamento pelo juiz previamente definido em lei, veda-se na regra do art. 102, segunda parte, a criação de tribunais *ex post factum*: “não podem ser instituídos juízos extraordinários ou especiais. Podem, contudo, ser instituídos dentro dos órgãos judiciários ordinários, seções especializadas por determinada matéria (...).”³⁹⁹

Em comentário à garantia positivada na regra do art. 25, primeiro parágrafo, da Constituição Italiana de 1948, Franco CORDERO destaca o significado e a extensão da garantia do juiz natural: “ninguém pode eleger seu juiz ou tolerar tal eleição, já que este deve ser legalmente preconstituído. Os acusados têm ‘um direito adquirido’ a ser julgado pelo tribunal designado pela lei; e se assim não for, será extraordinário (...).”⁴⁰⁰

³⁹⁶ No original: “Tutte le corti speciali restaranno disciolte al pubblicarsi di questa costituzione. Non potrà giammai stabilirsene alcuna, se non in forza d’una legge speciale.”

³⁹⁷ A referência a alguns desses diplomas legais pode ser consultada em: DEL FRATE, P. A. *Il Giudice ...* op. cit., p. 143. Ao analisar os dispositivos legais – inclusive em comparação com as regras produzidas no mesmo período em França e na Espanha –, chega-se a sugerir a existência de uma distinção entre “juiz natural” (*giudice naturale*) e “juiz pré constituído por lei” (*giudice preconstituído per legge*).

³⁹⁸ No original: “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituído per legge.”

³⁹⁹ No original: “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie (...).”

⁴⁰⁰ CORDERO, F. **Procedimiento** ... op. cit., p. 100. [Trad. de: “(...) nadie puede elegirse su juez o tolerar tal elección, ya que este debe ser legalmente preconstituído. Los acusados tienen ‘um derecho adquirido’ a ser juzgado por el tribunal designado por la ley; y se así no fuere, será extraordinário (...).”]

Em síntese do percurso histórico promovido, pode-se afirmar que o juiz natural é garantia concebida, inicialmente, para conferir eficácia à imparcialidade e independência judicial, na medida em que com ela se buscou afastar a existência de jurisdições reais, especiais ou extraordinárias, possibilitando-se que todos os cidadãos fossem julgados pelos mesmos juízes. A instituição do juiz natural no direito positivo teve ainda por escopo originário conferir eficácia ao princípio da legalidade no direito processual, na medida em que o juiz ou tribunal competente passou a ser aquele fixado apenas e tão somente em lei.

3.3. O Histórico (de Inefetividade) da Garantia do Juiz Natural no Processo Penal Brasileiro

No Brasil, o estudo da garantia do juiz natural demanda análise do ordenamento positivo, sempre em cotejo com o contexto sociopolítico. Afinal, o aspecto formal não pode ser apartado da carga ideológica e política ínsitas às estruturas que conferem (in)eficácia às Constituições e aos direitos a ela incorporados⁴⁰¹.

Em nosso ordenamento, o princípio do juiz natural aparece formamente desde a Constituição Imperial outorgada em 1824, que de forma bastante abrangente previu que “ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na fôrma por ella prescripta” (art. 179, XI), afirmando-se ainda que “será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as Causas pendentes” (art. 179, XII) e que “à excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.” (art. 179, XVII).

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades à Constituição Brasileira. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2009, p. 1.

Em que pese a extensão conferida à garantia – que no ponto incorporou formalmente muitos dos postulados liberais difundidos à época⁴⁰² –, pode-se dizer que o princípio do juiz natural foi introduzido como simples promessa⁴⁰³.

A inefetividade da previsão constitucional pode ser evidenciada por uma análise do contexto político – de forte vinculação do Judiciário ao Poder monárquico e que em alguma medida representou continuísmo face às práticas pretéritas de poder⁴⁰⁴ –, como igualmente pelo prestígio a previsões infraconstitucionais incompatíveis com o texto constitucional, tal qual o art. 44, do Código Criminal do Império de 1832, que anulava – ou, pelo menos, limitava fortemente – a independência judicial ao dispor que “os Juizes de Direito serão nomeados pelo Imperador”.

A independência ainda era mitigada pela possibilidade de o Legislativo Ordinário regular a remoção dos juízes e pelo fato de que a vitaliciedade beneficiava apenas os juízes de direito, não amparando juízes municipais e juízes de paz⁴⁰⁵.

⁴⁰² BARROSO, L. R. **O Direito** ... op. cit., p. 9-10.

⁴⁰³ COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit., p. 172; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 107. Com relação ao período colonial, adverte Victor Nunes LEAL que inexistia uma demarcação precisa das atribuições e competências das autoridades administrativas, que muitas das vezes acumulavam funções judiciárias e policiais. Ainda assim, busca-se esquadriñar, a partir da legislação portuguesa adotada no Brasil à época, uma estrutura – ainda que flexível e nem sempre rigorosa – da organização judiciária. No contexto, refere os juízes ordinários e os de fora, com funções policiais, administrativas e jurisdicionais, bem como a existência de juízes especializados de órfãos e do crime. Havia ainda as Câmaras – de número bastante reduzido –, também com atribuições judiciárias. Em hierarquia inferior aos juízes e Câmaras, haviam os almotacés e juízes de vintena. Aqueles decidiam questões envolvendo direitos reais e estes decidiam questões das aldeias situadas geograficamente longe da vila ou cidade. Em hierarquia superior às autoridades referidas, encontrava-se os ouvidores das comarcas e, acima desses, os ouvidores gerais, todos de nomeação régia, e que possuíam funções recursais, além da realizarem correições. Em patamar acima na hierarquia estavam os donatários, que possuíam competência cível e criminal e, posteriormente, os capitães mores ou governadores das capitanias e, acima, o governador geral (ou vice rei), todos com funções judiciárias, ainda que variáveis de cargo a cargo. E, no ápice da pirâmide judiciária havia as Relações, a mais alta instância judiciária da colônia. Cf.: LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o Regime Representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948, p. 137-140.

⁴⁰⁴ BARROSO, L. R. **O Direito** ... op. cit., p. 10-11; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **História Breve do Constitucionalismo no Brasil**. Curitiba, 1970, p. 37-38: “Mudava-se, apenas, de roupagem. Tudo continuaria no mesmo, da Colônia para o Império. O espírito português, das leis portuguesas, da formação política além do oceano, instava-se no dia 3 de maio de 1823 para uma **separação geográfica** e não no sentido de criar condições imediatas para uma nação que pretendia ser independente”

⁴⁰⁵ LEAL, V. N. **Direito** ... op. cit., p. 140; FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 323: “Seriam perpétuos os Juizes de

Pouco após a proclamação da República (15.11.1889), é promulgada a Constituição de 1891, que igualmente contemplou o juiz natural ao prever que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada” (art. 72, § 15)⁴⁰⁶ e que “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.” (art. 72, § 23).

Mais uma vez, porém, o autoritarismo político⁴⁰⁷ e as limitações às garantias orgânicas da magistratura conduziram a uma sensível redução da independência judicial e, conseqüentemente, da garantia do juiz natural.

Basta pensar, por exemplo, que nos termos do art. 57, *caput*, da CR/1891 – moldado por uma fórmula federalista importada dos Estados Unidos, porém míope em relação às nossas particularidades⁴⁰⁸ –, a vitaliciedade somente se referia expressamente aos juízes federais, o que conduziu alguns estados, em

Direito, o que todavia não impediria que pudessem ser mudados para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinasse. Podia o Imperador suspendê-los, por queixas contra eles feitas (...).”

⁴⁰⁶ A previsão do art. 72, § 15, de que a "autoridade competente" deveria ser definida em "lei anterior", estabelecia um postulado de irretroatividade da lei que define o juiz natural, logo, questão de direito processual penal. Ainda assim, havia certa discussão na doutrina sobre a possibilidade ou não de leis processuais se submeterem à vedação da irretroatividade. Em comentário ao aludido dispositivo Rui BARBOSA defendeu que anterioridade legal positivada no art. 72, § 15, referia-se à lei processual definidora de competência, que deveria ser irretroativa: "Dir-se-á que a expressão '*forma*' compreenda apenas o direito material, as leis substantivas, a exclua da sua garantia precisamente as leis de fôrma, o direito processual? O absurdo seria palpável; porque estas, pela sua relação íntima com a substancia da justiça, são inseparáveis daquella." (BARBOSA, Rui. **Amnistia Inversa**: Caso de Teratologia Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1896, p. 105.)

⁴⁰⁷ FERREIRA, W. M. **História** ... op. cit., p. 327-328; BARROSO, L. R. **O Direito** ... op. cit., p. 13: “A República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular.” Em sentido análogo, cf.: FAGUNDES, M. S. **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**. Recife: Ordem dos Advogados do Brasil, 1982, p. 16: “Afigura-se fora de dúvida que a República no Brasil nasce sem legitimidade. Nada documenta que a idéia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública (...).”

⁴⁰⁸ BARROSO, L. R. **O Direito** ... op. cit., p. 15; MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 112-115. FREDERICO MARQUES, em comentário ao art. 63, da CR/1891, destaca a inexistência de restrições, em âmbito estadual, à criação e definição da composição dos órgãos jurisdicionais, o que permitia inclusive a nomeação de juízes pelo poder político, aduzindo que “*alguns Estados possuíam juízes de paz eletivos, juízes togados temporários, ao lado de magistrados vitalícios, ou ainda juízes municipais, pretores, e juízes substitutos.*” E mais adiante, com suporte em ALCINO SALAZAR, conclui: “*A calamitosa situação das magistraturas estaduais, ante a falta de garantias emanadas da Constituição Federal, levou grande número de juristas a propugnar pela unificação da justiça e sustentar que essa unificação não violava o princípio federativo.*” Em sentido contrário, entendendo que a CR/1891 permitia ampla independência entre os poderes, cf.: FERREIRA, W. M. **História** ... op. cit., p. 88.

interpretação restritiva da regra, a entender que os juízes estaduais não seriam vitalícios⁴⁰⁹.

Outro ponto problemático quanto à extensão da garantia do juiz natural se referia à interpretação do art. 71, § 15, da CR/1891, que ao dispor que todos são julgados pelo órgão competente, determinado “por lei anterior”, não estabeleceu o referente temporal da anterioridade legal, de modo a não se saber com exatidão se a lei definidora do juiz natural seria anterior ao crime, ao início da investigação ou do processo, questão central quando se está em jogo uma garantia que pretende evitar escolhas discricionárias do órgão jurisdicional⁴¹⁰.

Na Constituição de 1934, a independência judicial é reforçada⁴¹¹ e o juiz natural foi previsto ao se dispor que “não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas” (art. 113, n. 25), assegurando-se ainda que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita” (art. 113, n. 26).

A previsão constitucional inova ao utilizar, pela primeira vez, a expressão “tribunais de exceção”, além de ampliar formalmente a extensão da garantia ao juiz natural ao prever que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ao passo que as Constituições anteriores asseguravam

⁴⁰⁹ LEAL, V. N. **Direito** ... op. cit., p. 147-148: “Ao definir as garantias da magistratura, a Constituição federal só se referiu aos juízes federais. Alguns Estados, interpretando restritivamente a norma constitucional, estabeleceram limitações aos direitos de seus juízes, ou contra eles seus governos cometeram violências e abusos. Os menos conformados recorreram à justiça, e o Supremo Tribunal, reiteradas vezes, com pequenas variações, declarou aplicáveis aos magistrados estaduais as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, como implícitas no preceito que tornava obrigatórios para os Estados os princípios constitucionais da União. (...) Aquelas garantias, entretanto, não se aplicavam aos juízes temporários, cuja investidura se destinava, segundo a justificação corrente, a dar-lhes tirocínio profissional para o ulterior ingresso na carreira. Ficava, pois, uma numerosa categoria de juízes à mercê das exigências e seduções dos governantes menos ciosos da independência e dignidade do poder judiciário.” Assim, conclui-se que “Por estas portas largas passava a desenvolvida colaboração da organização judiciária nos planos de dominação do situacionismo estadual, refletindo-se, diretamente, no mecanismo ‘coronelista’.”

⁴¹⁰ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 112: “Havia, pois, um limite temporal para a eficácia das leis processuais penais, no que toca à competência. O dispositivo, contudo, não era claro quanto ao *dies a quo* da anterioridade. Em outras palavras, a garantia constitucional não definia se a lei que iria determinar a competência do juiz penal seria, por exemplo, uma *lei anterior ao fato* ou uma *lei prévia ao início do processo*.”

⁴¹¹ MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 118.

apenas que os cidadãos seriam sentenciados pela autoridade competente. Mas como adverte Gustavo BADARÓ, a “grande novidade (...) foi o acréscimo feito à exigência de que a competência fosse definida por lei anterior, delimitando precisamente o marco cronológico: lei *anterior ao fato*.”⁴¹²

A previsão, porém, tem curta duração, pois com a ditadura de Getúlio VARGAS sobrevém a Constituição de 1937, que aniquila até mesmo no plano formal a garantia do juiz natural, criando inclusive, na regra do art. 172, o Tribunal de Segurança para julgar os crimes cometidos contra a estrutura das instituições e a segurança do Estado, o que para muitos constituiu um vero e próprio tribunal de exceção⁴¹³.

As próprias garantias orgânicas da magistratura foram excepcionadas, pois muito embora previstas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 93), de forma antagônica o mesmo ordenamento constitucional contemplava, em determinados casos, a possibilidade de “substituição dos juízes vitalícios” por magistrados temporários (art. 106), bem como a aposentadoria compulsória e imotivada de juízes (art. 177, do Ato das Disposições Transitórias e Finais)⁴¹⁴.

Findo o período ditatorial varguista, restaura-se a democracia e é promulgada a Constituição de 1946, que reincorporou formalmente a garantia do juiz natural ao dispor, nos direitos e garantias individuais, que “não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção” (art. 141, § 26) e que “ninguém

⁴¹² BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 115. Na página subsequente, explica-se que o cerne da inserção de um marco temporal específico à fixação do juiz competente elidia qualquer dúvida sobre a (im)possibilidade de modificação do juiz após a prática dos fatos: “Para que não houvesse qualquer dúvida sobre a impossibilidade de modificação do juiz competente foi estabelecida a necessidade de que a lei sobre competência fosse uma lei anterior e, mais do que isso, definiu-se o marco cronológico dessa anterioridade: o fato. Com isso, pela primeira vez, assegurou-se, expressamente, o direito ao juiz competente, *em virtude de lei anterior ao fato*.”

⁴¹³ PACHECO, Cláudio. **Tratados das Constituições Brasileiras**. v. XI. Rio de Janeiro: [s.e.], 1965, p. 154; GRINOVER, A. P. O Princípio ... op. cit., p. 17 e 22; MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 81-83.

⁴¹⁴ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 117: “(...) pela primeira vez na história das constituições brasileiras, não assegurou a garantia do julgamento pelo juiz competente em virtude de lei anterior, nem vedou a instituição de tribunais de exceção.” A respeito do caráter ilusório das garantias orgânicas da magistratura, cf.: LEAL, V. N. **Direito** ... op. cit., p. 148-150.

será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior.” (art. 141, § 27).

Em linhas gerais, restabeleceu-se na regra do art. 141, § 27, o quanto positivado no art. 113, n. 26, da CR/1934, em que pese a supressão do marco temporal da anterioridade na fixação do juiz competente, o que gerou alguma discussão doutrinária sobre o marco temporal de fixação da competência, com redução da extensão da garantia, como se depreende da posição de PONTES DE MIRANDA:

“O princípio, que se contém no § 27, 1ª parte, não é regra de direito intertemporal, que confira ao acusado o direito de só ser processado, ou sentenciado, pela *autoridade competente* ao tempo do ato delituoso, ou sequer, ao tempo de subirem à conclusão os autos respectivos.”⁴¹⁵

O período democrático perdura por menos de duas décadas, quando sobrevém a ditadura militar, que impõe a Constituição de 1967. A garantia do juiz natural sofre sensível retração, deixando de se assegurar o direito individual ao julgamento pelo juiz competente, ainda que se tenha mantido, no aspecto

⁴¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. t. V. 3ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borosi, 1960, p. 328. Mais adiante (p. 332), complementa-se o raciocínio, asseverando que “*só se refere o art. 141, § 27, à competência e à forma, devendo-se entender: a) que a competência é a da lei vigente no momento em que o juiz inicia, ou toma, ou recebe o processo, portanto, no momento anterior a êsse ato e durante êle (...)*”. Em análise do art. 141, § 27, da CR/1946, TORNAGHI defendia a tese de que a competência deveria ser fixada segundo regra anterior ao início do processo, em que pese pudesse ser posterior ao *tempus comissi delicti*: “o juiz deve ser o competente em virtude de norma anterior ao processo. Pouco importa, entretanto que ela seja posterior ao fato que ensejou o processo (...), a menos que tenha sido ditada para eximir o réu de seu juiz natural.” (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. v. II. Forense: Rio de Janeiro, 1959, p. 291). No primeiro volume da mesma obra, a posição vem explicitada em igual sentido: “(...) o que a Constituição exige não é a aplicação da lei anterior ao delito. A norma de Direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor.” (TORNAGHI, H. **Instituições ...** op. cit., v. I, p. 168). Alguns doutrinadores, por seu turno, defendiam a tese de que o art. 141, § 27, da CR/46, deveria ser lido como se lei penal fosse, admitindo-se a retroatividade das regras de competência caso benéficas ao acusado. Nesse sentido, cf.: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949, p. 231-232.

formal, a vedação aos tribunais de exceção, tanto na CR/1967 (art. 150, § 15) como na EC 1/69 (art. 153, § 15)⁴¹⁶.

E para além da retração à garantia do juiz natural, regras infraconstitucionais praticamente anularam o conteúdo do princípio, como se pode depreender do art. 84, do Decreto-Lei 898/69, que, no âmbito do processo por crimes contra a segurança nacional, previa que os crimes punidos com prisão perpétua ou morte seriam julgados pelos membros do Conselho de Justiça, "*nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar*".

3.4. A Extensão da Garantia do Juiz Natural na CR/88

Na CR/88, o princípio do juiz natural ressurgiu com a amplitude devida no rol de direitos e garantias individuais, decompondo-se em um aspecto negativo, segundo o qual “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII), e em um aspecto positivo, de acordo com o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII).

3.4.1. A Vedação aos Juízos ou Tribunais de Exceção

No intuito de compreender a extensão do aspecto negativo da garantia, talvez o ideal seja iniciar por saber o que *não é* um tribunal de exceção. Isso porque não se pode confundir juízo de exceção com juízo especializado, ou seja, aquele decorrente de especialização de determinadas matérias, com o fito de tornar o exercício do poder jurisdicional mais efetivo⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Antes mesmo da CR/1967, o AI-2 limitou sobremaneira a independência e a imparcialidade dos juízes, mediante a supressão das garantias orgânicas da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 14, *caput*, AI-2/65).

⁴¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2 (arts. 5º a 17). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 204-205: “Não se deve confundir o tribunal de exceção com a justiça especializada, esta última encontra já raízes relativamente profundas no nosso direito constitucional e pode espelhar-se em precedentes encontráveis em quase todos os países, não sendo

O próprio texto constitucional dá indícios de que a especialização da justiça é algo salutar à efetividade da prestação da tutela jurisdicional, ao prever órgãos especializados nas justiças eleitoral (arts. 118 a 121) e trabalhista (arts. 111 a 116). E mesmo as especializações infraconstitucionais – desde que sempre fixadas em lei – no âmbito da justiça comum federal e estadual não desnaturam a vedação constitucional.

Assim, a existência de órgãos jurisdicionais criados dentro de critérios constitucionais e legais, instituídos *a priori* para conhecer de assuntos específicos, mediante critérios gerais e abstratos, não podem ser considerados tribunais de exceção (ou extraordinários), ainda que se configurem como tribunais especializados⁴¹⁸.

Explicitando-se o que *não são* os juízos e tribunais de exceção, é possível, a partir de uma depuração conceitual da noção formulada por José CRETELLA JÚNIOR, compreender o significado da vedação contida no art. 5º, XXXVII, da CR/88. Segundo o autor, juízo de exceção é aquele

“estabelecido para o julgamento de determinados casos, ocorridos ou não ocorridos, sem que sua instituição decorra da Lei Magna. A nosso ver, é também juízo de exceção o que é instituído pelo Poder Executivo, sem base

possível acumular em único órgão judicante toda a atividade jurisdicional. Surge como necessário especializarem-se determinadas justiças. Este procedimento nenhuma moosa causa ao princípio vedador dos tribunais da exceção.”. Em sentido análogo, cf.: GRINOVER, A. P. O Princípio ... op. cit., p. 17-18; MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 73; FERNANDES, A. S. **Processo** ... op. cit., p. 137; PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65; TORNAGHI, H. **Instituições** ... op. cit. v. II, p. 291; MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 109; CAVALCANTI, T. B. **A Constituição** ... op. cit., p. 229-230.

⁴¹⁸ ESCALADA LÓPEZ, M. L. El Derecho ... op. cit., p. 183-184: “a diferença essencial entre tribunais extraordinários e tribunais competentes especiais residiria em que os primeiros são arbitrariamente instaurados ou instituídos com clara lesão ao princípio constitucional de igualdade (...), enquanto os segundos, sempre que se encontrem legalmente constituídos, atendem à mais primitiva realização da igualdade, verbalizada no aforismo que exige tratar de forma diversa o que não é essencialmente igual. Disso tudo se deduz que os tribunais de exceção são tribunais inconstitucionais, pela sua clara contravenção ao princípio da igualdade, e os tribunais especiais, enquanto não lesivos para dito princípio geral, são constitucionalmente admitidos.” [Trad. de: “la diferencia esencial entre tribunales extraordinarios y tribunales competentes especiales estribaría en que los primeros son arbitrariamente instaurados o instituidos con clara lesión al principio constitucional de igualdad (...), mientras que los segundos, siempre que se encuentren legalmente constituídos, atienden a la más prístina realización de la igualdad, verbalizada en el aforismo que exige tratar de forma diversa lo que no es esencialmente igual. De todo ello se deduce, que los tribunales de excepción son tribunales inconstitucionales, por su clara contravención al principio de igualdad, y los tribunales especiales, en cuanto que no lesivos para dicho principio general, son constitucionalmente admitidos.”]

constitucional. O *juízo de exceção* representa, no direito constitucional, a falta de garantia institucional, a falta de direito ao juízo legal comum.”⁴¹⁹

O conceito pode servir de ponto de partida para reflexão mais aprofundada.

Em primeiro lugar, afirma-se que o juízo será de exceção quando "*instituído pelo Poder Executivo*".

Com efeito, o exercício da jurisdição é atividade típica do Poder Judiciário, muito embora se admita, excepcionalmente e em nome da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), o exercício atípico de função jurisdicional pelo Poder Legislativo (v.g., art. 52, I e II, da CR/88)⁴²⁰.

Contudo, fora dos limites constitucional e taxativamente estabelecidos, atribuir funções jurisdicionais a outros poderes significa, para além de indevida confusão entre as funções estatais, instituir juízos ou tribunais de exceção, razão pela qual são considerados tribunais de exceção tanto os criados como aqueles compostos por integrantes do Executivo⁴²¹.

⁴¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I (art. 1º a 5º, LXVII). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 462-463.

⁴²⁰ A questão tem sido resolvida, por alguns, a partir da distinção entre jurisdição ordinária (exercida pelo Judiciário) e extraordinária (exercida por órgão alheio ao Judiciário). Nesse sentido, cf.: FERNANDES, A. S. **Processo** ... op. cit., p. 133. Outros autores resolvem a questão a partir da investidura, em interpretação do princípio da inafastabilidade. Assim, Ada Pellegrini GRINOVER aduz que "a norma, que tem sido interpretada como garantia do 'devido processo legal', no que concerne ao juiz natural consagra, em última análise, o princípio de que só é juiz o órgão do Estado investido de jurisdição." (GRINOVER, A. P. O Princípio ... op. cit., p. 19).

⁴²¹ MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 82. Ao explicar a vedação aos juízos ou tribunais de exceção, destaca-se que a interferência do Executivo na definição do órgão jurisdicional viola a vedação constitucional: "No sistema judiciário, pode haver juízos ou varas especializadas, sem que isso viole ou atinja o princípio do juiz natural. O que se não admite é a criação *ad hoc* de juízos especiais para o julgamento de determinada causa, embora dentro da própria justiça ordinária. (...) **Conseqüência primeira desse preceito é o de não se deixar à mercê do Executivo o mecanismo das substituições de juízes, pois do contrário não seria difícil burlar, em determinados momentos, a regra constitucional.**" Ainda no contexto das vedações aos juízos ou tribunais de exceção, o art. 109, da Constituição Argentina, prevê que "em nenhum caso o Presidente da Nação pode exercer funções judiciais" [Trad. de: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales (...)]. Na Alemanha, conforme destaca Maria Luisa ESCALADA LÓPEZ, a perspectiva contemporânea da vedação aos tribunais de exceção encontra amparo na reação à tendência do Executivo em influir na administração da justiça mediante a denominada "*justiça de gabinete*" (Kabinettz-justiz), "a mais flagrante confusão de poderes, com as opressivas conseqüências que dela derivaram para o cidadão." (ESCALADA LÓPEZ, M. L. El Derecho ... op. cit., p. 180. [Trad. de: "la más flagrante confusión de poderes, con las opresivas consecuencias que de ello se derivaban para el ciudadano."])

Em segundo lugar, o juízo será de exceção caso não “*decorra da Lei Magna*”. Expressão semelhante pode ser encontrada em outros doutrinadores, como é o caso de José Celso de MELLO FILHO, para quem “*juiz natural, também denominado juiz legal, juiz competente ou juiz constitucional, é o órgão abstratamente considerado, cujo poder jurisdicional emana da Constituição.*”⁴²²

Aqui, trata-se de saber se juízos criados por regra infraconstitucional são, necessariamente, juízos de exceção. A resposta é negativa. Para que se atinja essa conclusão, mister rememorar que a garantia do juiz natural tem por uma de suas finalidades efetivar o princípio da legalidade no direito processual penal. Não se cuida, portanto, de conferir efetividade única e exclusivamente à Constituição, ainda que se reconheça que a principal fonte das garantias inerentes ao devido processo penal – e conseqüentemente ao juiz natural – seja constitucional⁴²³.

Ao dispor que o juiz natural é aquele que decorre da Constituição, deve-se compreender que os órgãos jurisdicionais expressa ou implicitamente decorrentes da Constituição – mas sempre previstos em lei estrita – não são, necessariamente,

⁴²² MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 342. Caberia, aqui, um adendo. Quando se diz que o juiz natural é aquele decorrente da Constituição, supõe-se que está a falar de Constituição democraticamente promulgada, tendo-se em consideração a posição - a qual se adere - segundo a qual Constituições impostas por regimes antidemocráticos podem conter em seu bojo tribunais de exceção, a exemplo da CR/1937, que instituiu o Tribunal de Segurança (art. 172).

⁴²³ A posição encontra respaldo em: COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit., p. 173: "A questão há de ser discutida, então, a partir do que vem a ser juízo competente. *A competência* (material, territorial ou funcional, na clássica divisão de Chiovenda) *é sempre matéria de lei*, a começar pela Constituição da República e até os últimos atos da hierarquia legal." No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 258-259. Em sentido diverso, entendendo que juiz natural equivale à juiz constitucional, cf.: MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 79; "Em nosso sistema normativo o que existe, de maneira concludente e clara, é o princípio de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no Direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais." E ainda: "(...) apenas se considerará juiz natural ou autoridade competente o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. A lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria traçou." (MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 67). Em crítica ao posicionamento, cf.: BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 148-149: "Outra posição bastante difundida (...) consiste em considerar que o juiz natural é o juiz *constitucionalmente* competente. Também não é possível concordar com tal conceito, por se tratar de uma visão reduzida e *fraca* do juiz natural, na medida em que se restringe a garantia ao juiz competente segundo os critérios de competência previstos na Constituição. É sabido que as regras constitucionais não exaurem o processo de concretização da competência. Uma concepção forte e que não seja reducionista deve chegar a outro resultado, considerando que o juiz natural é aquele definido segundo todos os critérios de competência, previstos na Constituição, em lei ordinárias e nas leis de organização judiciária."

juízos de exceção⁴²⁴. Logo, a derivação infraconstitucional do órgão jurisdicional, desde que compatível com a Constituição, atende perfeitamente à vedação de juízos ou tribunais de exceção.

Ademais, em complemento ao conceito formulado por CRETELLA JÚNIOR, uma compreensão dos diversos tribunais de exceção outrora existentes comprova que os juízos excepcionais comportam ainda duas características intrínsecas. São *ad hoc* e/ou *ad personam*, vale dizer, criados transitoriamente para julgar fatos e/ou pessoas determinados; e são *ex post factum*, ou seja, instituídos após os fatos objeto do julgamento⁴²⁵.

A partir da determinação das características dos tribunais de exceção, conclui-se que o que se pretende mediante a vedação contida no art. 5º, XXXVIII, da CR/88, é a inexistência de juízos ou tribunais: (a) instituídos ou compostos por integrantes do Executivo; (b) sem investidura constitucional para o exercício do poder jurisdicional; (c) instituídos à margem da Constituição da República e de regras legais infraconstitucionais; (d) *ad hoc* e/ou *ad personam* e; (e) *ex post factum*⁴²⁶.

⁴²⁴ Isso não significa que juízos fixados em lei não possam ser juízos de exceção. Assim, se uma lei fixar competência em contrariedade ao texto Constitucional, poder-se-á cogitar de juízo de exceção na hipótese. No contexto, PONTES DE MIRANDA entende que “juiz que pertence à organização judiciária normal pode vir a ser juiz de exceção.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários** ... op. cit., p. 326.)

⁴²⁵ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 322 e 326. Na jurisprudência do STF: “A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados *ex post facto*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares, desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal.” (STF – Ext 524, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8. 3. 1991). Convém ainda referir a posição de Karl Heinz SCHWAB, que a partir de precedentes do Tribunal Federal Constitucional Alemão, amplia o conceito de juízo *ad hoc* ao órgão existente no quadro do Judiciário, porém composto transitoriamente por juiz designado de forma direcionada para o julgamento de um dado caso: “Disse o Tribunal Federal Constitucional que, o artigo 101, I, 2, da Lei Fundamental tem como objetivo evitar o perigo de a Justiça, por intermédio de manipulação externa ou interna dos órgãos judicantes, se expor a influências estranhas, especialmente no que concerne ao caso concreto, com a possibilidade de que se influencia o resultado da decisão, através da escolha de um juiz **ad hoc** como o competente.” (SCHWAB, Karl Heinz. *Divisão de Funções e o Juiz Natural*. Trad. Nelson Nery Junior. **Justitia**. São Paulo, a. 49, v. 139 (jul./set. 1987), p. 38.)

⁴²⁶ Em sentido próximo ao defendido, ESCALADA LÓPEZ afirma que a vedação aos tribunais de exceção contempla quatro aspectos: (a) proibição de tribunais não criados por lei, ou criados por lei contrária à Constituição; (b) proibição de tribunais criados *ex ante*; (c) proibição de tribunais criados sem generalidade, ou seja, *ad hoc*, *ad causam* ou *ad personam* e; (d) criação de tribunais com manifesta falta de independência (ESCALADA LÓPEZ, M. L. *El Derecho* ... op. cit., p. 182).

3.4.2. O Direito ao Julgamento por Autoridade Competente

No aspecto positivo, a garantia do juiz natural significa que "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" (art. 5º, LIII, da CR/88). A partir da previsão constitucional, pode-se asseverar que, em nosso ordenamento, juiz natural é sinônimo de juiz competente.

Em direito processual penal, a expressão competência pode ser definida como o conjunto de princípios e regras que fixam, de forma taxativa e abstrata, no momento da ocorrência dos fatos em tese delituosos, o juiz natural do caso penal⁴²⁷.

O conceito pode ser decomposto em três aspectos essenciais, para uma melhor compreensão da garantia. São eles: **a)** reserva legal; **b)** taxatividade e; **c)** anterioridade.

Ao se afirmar que a competência, no direito processual penal, decorre de "*um conjunto de princípios e regras*", está-se a dizer que o princípio do juiz natural é matéria submetida a reserva absoluta de lei⁴²⁸. É por essa razão que

⁴²⁷ Dentre os diversos conceitos de competência na doutrina, cf.: LOPES JUNIOR, A. **Direito ...** op. cit., p. 453. Alguns autores defendem a concepção de que a competência é a porção de jurisdição atribuída a cada órgão jurisdicional, ou mesmo que a competência seria a medida da jurisdição. Esses conceitos, porém, não podem ser aceitos. Afinal, jurisdição é, antes de tudo, o poder de dizer o direito e, enquanto poder, é una e indivisível, não comportando – por ficção – divisão ou mensuração. Um juiz, ao exercer jurisdição, exerce integralmente esse poder e não uma parcela dele. Portanto, competência não é um critério de medida do poder jurisdicional, mas sim um conjunto de critérios legais aptos a distribuir os casos entre os órgãos jurisdicionais e os respectivos juízes. Uma crítica à concepção de que a competência representa a medida da jurisdição pode ser conferida em: BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 219.

⁴²⁸ Nesse sentido, é a **Sentenza 88/1962**, da Corte Constitucional Italiana, que em comentário ao art. 25.1, da Constituição de 1949, entendeu que o juiz natural "*stabilita una riserva assoluta di legge*". A posição é reafirmada, posteriormente, na **Sentenza 272/98**. Os diversos precedentes da Corte Constitucional da Itália sobre o tema estão sintetizados em: AGRÓ, A.; LIPARI, N. *La Giurisprudenza ...* op. cit., p. 200-201. Na doutrina, defendendo que a garantia do juiz natural se submete à reserva absoluta de lei, cf.: ROMBOLI, R. **Il Giudice ...** op. cit., p. 150 e 210-211. A questão, porém, é delicada e longe está de ser pacífica. Gustavo BADARÓ, ao distinguir reserva legal absoluta e relativa, entende que "mesmo nas matérias cobertas por reserva absoluta de lei, a exclusividade ou o monopólio do legislador admite atenuação", pois "parece impossível instituir uma reserva absoluta de lei em matérias que exijam uma disciplina mais detalhada". Assim, entende que "inexiste razão ou fundamento para se defender que a reserva de lei prevista na Constituição, quanto à definição de competência, é uma reserva absoluta. Não se trata, por certo, de uma matéria que possa ser objeto exclusivo de disciplina normativa pelo Poder Executivo (por ex., por meio de medida provisória) ou pelo Poder Judiciário (p. ex., por meio de portaria ou resolução). De se admitir, porém, que havendo lei federal ou lei de organização judiciária dos estados, disciplinando a matéria, tais normas editadas pelo Poder Legislativo possam prever a possibilidade de determinada matéria ser disciplinada por atos normativos internos do Poder Judiciário, integradores da

Pietro NUVOLONE aduz que "o único meio para realizar o escopo da garantia é aquele de interpretar o princípio do juiz natural no quadro do princípio da legalidade"⁴²⁹.

disciplina traçada na própria lei. Mas a norma integradora não pode contrariar, revogar ou alterar a disciplina da lei em sentido estrito, objeto de integração.” (BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 260-264). No mesmo sentido: DIAS, J. F.; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos Processuais**: O Tribunal. Texto de Apoio ao Estudo da Unidade Curricular de Direito e Processo Penal do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015/2016). Coimbra, 2015, p. 33-34: "O princípio do juiz natural impõe, antes de mais, que a definição do juiz competente resulte da *lei*. (...) Esta dimensão, dita *positiva*, do princípio do juiz legal abrange não só as regras legais propriamente ditas com relevo para a determinação da competência, como também ainda eventuais regulamentos, regimentos, *etc*, complementares, emanados pelo próprio sistema judiciário de que a mesma esteja dependente. Todas essas prescrições devem possuir natureza geral e abstrata, de modo a evitar a manipulação da fixação da competência relativamente a certos casos ou pessoas. Um receio que, tradicionalmente, era sentido sobretudo em relação ao poder executivo, mas que hoje é acompanhado por preocupações voltadas para o interior do próprio poder judiciário." Na realidade Alemã, admitindo que a divisão das competências internas dos juízos e tribunais seja definida em atos normativos integradores do Poder Judiciário, de caráter geral, abstrato e não retroativo: SCHWAB, K. H. Divisão ... op. cit., p. 38 e ss. No Brasil, em alguns espaços é a própria CR/88 que retira o caráter legal absoluto de regras sobre competência, como é o caso do art. 96, I, *a*, do texto constitucional, segundo o qual "compete privativamente aos tribunais (...) elaborar seus regimentos internos (...) dispoendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos." Contudo, "a mesma regra não vale (...) para a disciplina da competência dos órgãos de primeiro grau. Para estes, a Constituição não autoriza a disciplina por norma emanada do Poder Judiciário, seja em seu regimento interno, seja por qualquer outra fonte normativa." (BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 266). A afirmação encontra respaldo na regra do art. 96, I, *d*, da CR/88, segundo a qual compete privativamente aos Tribunais "*propor a criação [e não criar diretamente] de novas varas judiciárias*", ou seja, a criação de varas na primeira instância é matéria submetida a reserva absoluta de lei. Se a criação de varas em primeira instância é matéria afeta exclusivamente à lei, o mesmo não acontece com a especialização de varas, que é matéria submetida a reserva relativa, "*podendo a lei autorizar que o Poder Judiciário edite atos normativos internos integrativos da lei disciplinadora da organização judiciária*." (BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 269). Tem-se assim admitido que os Tribunais, a partir da existência de uma lei que crie varas, possa especializá-las segundo, por exemplo, "a conveniência do Tribunal e a necessidade de agilização da prestação jurisdicional" (art. 3º, da Lei 9.788/99, que dispôs sobre a reestruturação da Justiça Federal de primeira instância), ou de acordo com "as necessidades de cada Região" (art. 2º, da Lei 12.011/11, que tratou de interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e da implantação dos Juizados Especiais Federais). Mais uma vez, cabe a advertência de que "*vigorando a reserva de lei relativa em termos de organização judiciária, no âmbito da Justiça Federal de primeiro grau, há lei que autoriza a edição de ato normativo dos Tribunais que especialize varas bem como estabeleça a competência das Varas existentes*. Isso, contudo, não se confunde com *criar novas varas*." (BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 271). Ademais, os atos normativos *interna corporis* devem se limitar apenas e tão somente a integrar – e não contrariar – a lei (cf.: BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 272; CÓRDOBA CASTROVERDE, D. Algumas ... op. cit., p. 108). Ao extrapolar os limites legais pela via de regulamentação *interna corporis*, viola-se a reserva de lei a o juiz natural. Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, "não é estranho, assim, que se criem comarcas e elas já 'nasçam' superlotadas; que se criem comarcas, por desmembramento, nas quais vão intervir juízes substitutos, em estágio probatório e quiçá com menos experiência; que se criem varas para 'melhor combater certo tipo de crime' (como se coubesse aos juízes que para lá vão tal mister), excluindo a competência daqueles para os quais ela já havia sido determinada conforme a CF e o CPP; e assim por diante." (COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit., p. 175).

⁴²⁹ NUVOLONE, P. Processo ... op. cit., p. 13. [Trad. de: "(...) l'unico mezzo per realizzare lo scopo di garanzia é quello di interpretare il principio del giudice naturale nel quadro del principio di legalità."]

Assim, a determinação do juiz competente atende a critérios constitucionais e legais, sendo vedada a definição do juiz natural mediante atos administrativos, portarias, resoluções etc.

A taxatividade, prosseguindo-se, é um elemento que vem em reforço ao princípio da legalidade e da isonomia. É que de nada adiantaria prever a competência como matéria submetida a reserva de lei se, no momento da concretização da competência jurisdicional, o arcabouço normativo permitir a fixação do juiz natural mediante critérios discricionários, subjetivos, ou através de escolhas pelos atores processuais.

As leis que fixam competência não devem possibilitar escolhas subjetivas de órgão jurisdicional, evitando-se toda a sorte de manipulações do juiz natural⁴³⁰. Em matéria de juiz natural, quem "escolhe o juiz competente" é apenas e tão somente a lei. Por essa razão, a correta aplicação das regras sobre competência deve conduzir a uma única autoridade competente, pois somente assim será possível garantir que o juiz natural seja definido exclusivamente em lei e não mediante escolhas da acusação, defesa ou dos próprios integrantes do Judiciário:

"(...) o princípio do juiz natural visa, entre outras finalidades, estabelecer uma *organização fixa dos tribunais* (...) uma tal organização fixa dos tribunais não é ainda condição bastante para dar à administração da justiça – *hoc sensu*, à jurisdição – a *ordenação* indispensável que permita determinar,

⁴³⁰ GIACOMOLLI, N. J. **O Devido** ... op. cit., p. 258-259: "As partes não poderão escolher o juiz, o juízo ou o Tribunal para julgar determinado caso criminal, na medida em que estes já estão determinados previamente pela lei. (...) O repartido da competência há de obedecer ao que está determinado legalmente, vedando-se distribuições dirigidas, escolha do juízo, do Tribunal ou de uma unidade jurisdicional (...)." FERNANDES, A. S. **Processo** ... op. cit., p. 136: "(...) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja." KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 3ª ed., rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14: "As regras que, atribuindo a cada órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais o exercício daquela função e daquele poder do Estado, determinam qual dos órgãos é o competente para determinado processo, operam essa concretização, assim realizando a adequação entre processo e o órgão jurisdicional que através dele deve atuar." PORTANOVA, R. **Princípios** ... op. cit. 69: "[o juiz natural é] um princípio que obriga previsões legais claras e expressas para o futuro e não previsões incompletas e/ou para o passado (...)". Na jurisprudência do STF: "O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, mas também impõe que as causas sejam processadas e julgadas por órgão jurisdicional previamente determinado, a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade" (STF - HC 110.925, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 11.5.2012).

relativamente a um *caso concreto*, qual o tribunal a que, segundo a sua espécie, deve ser entregue e qual, dentre os tribunais da mesma espécie, deve ser chamado a decidi-lo. A falta de uma tal ordenação conduziria fatalmente à confusão na divisão da jurisdição, a inconvenientes conflitos entre os tribunais e, conseqüentemente, a prejuízos irreparáveis tanto para os arguidos como, em geral, para a administração da justiça penal.

Torna-se, deste ponto de vista, absolutamente necessário que a referida organização judicial vá até ao ponto de regulamentar o *âmbito de actuação* de cada tribunal, de modo a que *cada caso penal concreto seja apenas deferido a um único tribunal*: é nisto que se traduz a determinação de *competência* em processo penal."⁴³¹

Por derradeiro, a garantia do julgamento pelo juiz competente se vincula a um critério de anterioridade legal, o que se comprova a partir da experiência histórica de construção do princípio do juiz natural.

No Brasil, o direito ao julgamento por autoridade competente, definida "em virtude de lei anterior", veio previsto na Constituição do Império de 1824 (art. 179, XI), na CR/1891 (art. 72, § 15) e na CR/46 (art. 141, § 27). No art. 113, n. 26, da CR/34, a previsão foi ainda mais específica, estabelecendo-se um referencial empírico relativo à anterioridade, ao se dispor que a autoridade competente é aquela disciplinada "em virtude de lei anterior ao fato".

Na experiência do direito comparado, a anterioridade da lei que define competência vem expressa, exemplificativamente, no art. 39.2, da Constituição de Portugal ("nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior"), no art. 24.2, da Constituição da Espanha ("todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley"), no art. 25.1, da Constituição da Itália ("Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge") e no art. 18, da Constituição Argentina ("Ningun habitante de la Nacion puede ser ... sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa").

⁴³¹ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., 328-329. No mesmo sentido: HARTWIG, M. *Il Gesetzliche* ... op. cit., p. 88-89.

Na doutrina, a vinculação da competência à anterioridade legal também é destacada como corolário inescapável da garantia do juiz natural.

Na Itália, Luigi FERRAJOLI aduz que "*a garantia do 'juiz natural' indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei*"⁴³². Essa é, também, a posição de Roberto ROMBOLI, para quem a garantia constitucional do *giudice naturale*

“exige a pré-constituição do juiz e não a simples constituição [do órgão jurisdicional], e se devemos considerar que a Constituição, ao fixar tal obrigação, referia-se ao legislador (...) não se vê como possa ser excluída uma violação da preconstituição no caso de uma lei que fixe a competência do juiz com efeito retroativo.”⁴³³

Na Alemanha, o art. 101.1, segunda parte, da Lei Fundamental da República não faz referência expressa à anterioridade legal das regras sobre competência, dispondo apenas, que “*ninguém pode ser privado de seu juiz legal*”. Ainda assim, a necessidade de que a lei que fixa competência seja amparada pela anterioridade legal é ressaltada na doutrina, como decorrência direta da legalidade na fixação do juiz legal⁴³⁴.

⁴³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed., rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 543. Mais adiante (p. 545), FERRAJOLI complementa o raciocínio: “o princípio do juiz natural impõe, ao contrário, que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha post factum do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas (...).”

⁴³³ ROMBOLI, R. Teoria e Prassi del Principio di Preconstituzione del Giudice. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 40-41. [Trad. de: “(...) richiede la *pre*-costituzione del giudice e non la semplice costituzione e si dobbiamo ritenere che la Costituzione nel fissare tale obbligo se riferisca al legislatore (...) non si vede come possa escludersi una violazione della *pre*-costituzione nel caso di una legge che fissi competenza del giudice con effetto retroattivo (...).”]

⁴³⁴ HEYDE, Wolfgang. La Jurisdicción. In: BENDA; Ernesto *et al.* **Manual de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 792. Em interpretação ao art. 101.1, segundo parágrafo, da Norma Fundamental Alemã, ESCALADA LÓPEZ aduz que a garantia do juiz legal “contém não apenas, e desde o ponto de vista negativo, a proibição de subtração do juiz legal, senão também que consagra, e desde o ponto de vista positivo, **um mandamento que impõe estabelecer de antemão quem é o juiz legal**” – g.n. – (ESCALADA LÓPEZ, M. L. El Derecho ... op. cit., p. 182. [Trad. de: “Contiene no sólo y desde el punto de vista negativo la prohibición de sustracción del juez legal, sino que también consagra, y desde el punto de vista positivo, un mandamiento que impone establecer de antemano quien es el juez legal.”]). Mesmo no âmbito da divisão interna de competências, a regra da anterioridade se faz presente: “Os planos de divisão de funções devem sempre prescrever regras para o futuro, nunca para o passado. Está excluída a possibilidade de haver efeito retroativo.” (SCHWAB, K. H. División ... op. cit., p. 40).

Na doutrina espanhola, a anterioridade na fixação do órgão jurisdicional competente é ressaltada por LADRÓN DE GUEVARA, para quem “*o órgão judicial há de ter jurisdição ordinária, há de estar designado legalmente e não há de carecer de competência, que há de ter por uma lei anterior.*”⁴³⁵

Na jurisprudência, a necessidade de observância à anterioridade legal na fixação da competência é igualmente lembrada como corolário inescapável da garantia do juiz natural.

Na *Sentenza 29/1958*, a Corte Constitucional da Itália consignou, ao interpretar o texto constitucional, que “*a locução 'juiz natural' é, pelo mesmo art. 25, definida como correspondente àquela de 'juiz preconstituído por lei' que é, como foi observado nos trabalhos preparatórios da Constituição, o juiz instituído com base em critérios gerais fixados antecipadamente e não com vistas a uma determinada controvérsia (...).*”⁴³⁶

Em posterior evolução interpretativa da garantia, na *Sentenza 88/1962*, a Corte Constitucional Italiana, após reforçar que “juiz natural” e “juiz preconstituído por lei” são expressões sinônimas e que remetem à reserva absoluta de lei, consignou que “*o princípio da preconstituição do juiz tutela o direito do cidadão ao conhecimento prévio e incontestável do juiz competente a decidir ou, mais claramente, o direito à certeza de que o julgamento não se dará por um juiz criado a posteriori em relação a um fato já ocorrido (...).*”⁴³⁷

⁴³⁵ LADRÓN DE GUEVARA, J. B. Concepto ... op. cit., p. 94. [Trad. de: “el órgano judicial ha de tener jurisdicción ordinaria, ha de estar designado legalmente y no ha de carecer de competencia, que ha de tener por una ley anterior.”]

⁴³⁶ *Sentenza 29/1958*. [Trad. de: “(...) la locuzione 'giudice naturale' é dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di 'giudice preconstituído per legge', il qual é, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie.”]

⁴³⁷ *Sentenza 88/1962*. [Trad. de: “(...) il principio della preconstituzione del giudice tutela nel cittadino il diritto a una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere, o, ancor, più nettamente, il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato posteriori in relazione a un fatto già verificatosi (...)” Há, contudo, mitigações à garantia do juiz natural em decisões posteriores da Corte Constitucional, como destaca ROMBOLI: “A Corte constitucional (...) sustentando em todos os casos examinados que o princípio do juiz natural é violado quando o juiz venha designado *a posteriori* pelo legislador em via de exceção singular às regras gerais, porém não há violação quando a lei, em que pese também com efeito sobre processos em curso, modifica em geral os pressupostos ou critérios em base aos quais se deve ser individualizado o juiz competente (...).” [Trad. de: “La Corte costituzionale (...) sostenendo in tutti i casi esaminati che il principio del giudice naturale è violato quando il giudice venga

Mais do que estabelecer uma reserva absoluta de lei quanto à fixação da competência, o precedente estabelece que o princípio do juiz natural, como positivado no art. 25.1, da Constituição, possui um aspecto formal e outro substancial. Assim, considera-se violado o princípio em hipótese de intervenção discricionária de sujeitos diversos do legislador em matéria de competência (aspecto formal), bem como nas hipóteses em que se aplique regra nova de competência a fatos anteriores à sua vigência (aspecto substancial)⁴³⁸.

Também a Corte Constitucional da Espanha, em interpretação do art. 24.2, da Constituição, consagra a anterioridade legal das regras que fixam competência, dispondo que “*o direito constitucional ao juiz ordinário predeterminado por lei, consagrado em referido artigo, exige, em primeiro termo, que o órgão judicial tenha sido criado previamente pela norma jurídica, que esta o tenha investido de jurisdição e competência com anterioridade ao fato motivador da atuação ou processo judicial e que seu regime orgânico e processual não permita qualificar-lhe de órgão especial ou excepcional.*”⁴³⁹

Em precedente posterior, a interpretação foi reafirmada, entendendo-se que “*a predeterminação legal do juiz significa que a lei, com generalidade e com anterioridade ao caso, há de conter os critérios de determinação competencial cuja aplicação a cada suposto litígio permita determinar qual é o juiz ou tribunal chamado a conhecer do caso.*”⁴⁴⁰

designato *a posteriori* dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali, mentre non lo è quando la legge, sia pure anche con effetto sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente (...)”] (ROMBOLI, R. Teoria ... op. cit., p. 40). Cf., ainda: ROMBOLI, R. **Giudice** ... op. cit., p. 210-220.

⁴³⁷ **Sentencia 29/1958**. [Trad. de: "(...) la locuzione 'giudice naturale' é dallo stesso art. 25 definita come corrisponente a quella di 'giudice preconstituito per legge', il qual é, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie."]

⁴³⁸ PIZZORUSO, Alessandro. Il Principio del Giudice Naturale nel suo Aspetto di Norma Sostanziale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. a. 29 (1975), p. 1-17; ROMBOLI, R. Teoria ... op. cit., p. 38; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. El Juez ... op. cit., p. 805.

⁴³⁹ **Sentencia 47/1983**. [Trad. de: “El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.”]

⁴⁴⁰ **Sentencia 101/1984**. [Trad. de: La predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há, igualmente, *leading case* que aborda a temática da anterioridade legal das regras que definem competência:

“PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO – A consagração constitucional do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) tem o condão de reafirmar o compromisso do Estado brasileiro com a construção das bases jurídicas necessárias à formulação do processo penal democrático. O princípio da naturalidade do juízo representa uma das matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado, condicionando, ainda, o desempenho, em juízo, das funções estatais de caráter penal-persecutório. A lei não pode frustrar a garantia derivada do postulado do juiz natural. **Assiste, a qualquer pessoa, quando eventualmente submetida a juízo penal, o direito de ser processada perante magistrado imparcial e independente, cuja competência é predeterminada, em abstrato, pelo próprio ordenamento constitucional.**” – g.n. – (STF – HC 73.801, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.6.1997)

No atual cenário constitucional brasileiro, é bem verdade que no art. 5º, LIII, da CR/88, inexistente previsão expressa que incorpore a anterioridade legal na definição da autoridade competente, o que inclusive tem servido como fundamento para que se negue o direito ao julgamento por autoridade competente por lei anterior ao fato⁴⁴¹. Há, contudo, ao menos dois argumentos que conduzem à conclusão de que, em nosso ordenamento, a competência jurisdicional deve seguir atrelada à anterioridade legal.

O primeiro é de ordem teleológica. A existência do juiz natural está historicamente vinculada à vedação de definições discricionárias do órgão jurisdicional competente. Assim, atribuir efeitos retroativos às regras novas modificativas de competência representa burla ao juiz natural, na medida em que a “escolha” do juiz poderia se dar *a posteriori*, mesmo que mediante critérios legais. Não se está, obviamente, sustentando a impossibilidade de regras novas

aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso.]

⁴⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Competência Criminal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 11.

alterarem competência, mas apenas que essas regras sejam irretroativas, preservando-se o juiz natural segundo a anterioridade legal⁴⁴².

O segundo argumento remete ao direito positivo. Muito embora o art. 5º, LIII, da CR/88, não faça referência expressa à anterioridade na fixação da competência, o art. 8.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos – ratificada pelo Brasil por força do Decreto 678/92 – prevê que "Toda pessoa tem direito a ser ouvida (...), por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, **estabelecido anteriormente por lei (...)**"⁴⁴³ – g.n. –.

Como se vê, a anterioridade legal na fixação do juiz competente – seja por razões de ordem teleológica, seja por fundamentos de direito positivo – é reconhecida em nosso ordenamento como postulado inerente ao juiz natural⁴⁴⁴.

A anterioridade, porém, é um critério de aplicação intertemporal de leis, que necessariamente deve possuir um referente cronológico empírico e concreto, vale dizer, um *dies a quo* específico. Assim, é necessário responder à seguinte indagação: as leis que fixam competência devem ser anteriores em face de qual situação fática individualizada?

A questão não é de importância menor, dado ser possível manipular as regras de competência modificando a interpretação do marco cronológico de

⁴⁴² COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit., p. 176: "(...) fixadas as regras do jogo, não mais se modificam, como se sabe da fonte histórica do princípio, voltado a garantir a isonomia para todos os acusados. Assim, ninguém deve deixar de saber, de antemão, quais os órgãos jurisdicionais que intervirão no processo. Isso não significa engessar o sistema, até porque a *lei nova, tratando da competência, por certo, terá lugar, mas tão-só da sua vigência em diante*, não retroagindo para alcançar casos penais com competência já fixada ao juiz natural, o que afasta o princípio do *immediatismo* expresso no art. 2º, do CPP. Eis, então, uma das razões pelas quais o legislador, em casos de alterações legislativas mais amplas (como a mudança de um código inteiro), com frequência inusitada – a ponto de quase se afastar ou, pelo menos, pensar-se que se não trata de exceção –, prescreve regras de direito intertemporal, embora para ele, como é primário, também prevaleça – e dava prevalecer – o princípio constitucional; logo, não pode, por motivo algum, invadir a competência já fixada."

⁴⁴³ Em análise *en passant* da regra positivada no art. 8.1, da CADH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* (20.11.2009), destacou que, dentre os requisitos de efetividade da garantia do juiz natural está a necessidade de que "a lei estabeleça previamente qual será o Tribunal que atenderá uma causa e que lhe outorgue competência a ele." [Trad. de: "(...) la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste."]

⁴⁴⁴ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 163.

incidência da anterioridade ou, ainda, permitindo a existência de marcos cronológicos alternativos ou indeterminados⁴⁴⁵.

Basta pensar, por exemplo, que a anterioridade poderia se referir ao início das investigações, ao momento do oferecimento (ou recebimento) da denúncia/queixa, ao início (ou final) da instrução processual, à fase decisória etc. E que alterar o critério de incidência da anterioridade significa – ou pode significar – modificação do órgão jurisdicional competente⁴⁴⁶.

Nesse contexto, a resposta possível à indagação proposta deve, novamente, tomar por base a finalidade da previsão do juiz natural, qual seja, a de maximizar a legalidade processual e a isonomia, evitando-se escolhas discricionárias ou subjetivas de órgão jurisdicional.

Em conformidade com essa premissa basilar, a única solução que efetivamente permite uma completa vedação à manipulação do juiz natural mediante alterações legislativas de competência, consiste em definir como termo da anterioridade o *tempus comissi delicti*, de modo que o juiz natural do caso penal seja aquele determinado segundo as regras vigentes no momento da prática dos fatos, vedando-se que qualquer modificação legislativa posterior, que afete a competência, tenha aplicabilidade aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da regra nova⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ ANDRIOLI, V. La Precostituzione ... op. cit., p. p. 326-327.

⁴⁴⁶ ANDRIOLI, V. La Precostituzione ... op. cit., p. 327-328.

⁴⁴⁷ MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 88-89; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. I. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 525: "O **princípio do juiz legal** consiste essencialmente na predeterminação do tribunal competente para o julgamento, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição de competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime. A escolha do tribunal competente deve resultar de critérios objectivos predeterminados e não de critérios subjectivos."; COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit., p. 172: "Mudar a competência depois de ter sido ela fixada só cabe para violar o princípio de garantia individual, seja para beneficiar alguns, seja para prejudicar outros, seja por puro comodismo. A matriz, todavia, é sempre *fascista* e, no nosso caso, não permite a efetivação necessária da Constituição da República, dado colocar um véu sobre a democracia." A posição, contudo, não é unânime na doutrina. No Brasil, por exemplo, defendendo a aplicação imediata das regras que modificam competência, FREDERICO MARQUES entende que "*não violam o princípio do juiz natural as modificações de competência, imediatamente aplicadas, contidas em leis regularmente promulgadas, visto que naquele princípio não se encerra nenhuma regra de direito intertemporal.*" (MARQUES, J. F. **A Reforma** ... op. cit., p. 78). Em posição incomum, Ada Pellegrini GRINOVER defende a tese de que a modificação de competência, no âmbito da justiça comum, submete-se à imediatidade, porém quando a modificação de competência transfere o julgamento de um crime da justiça comum para uma justiça especializada, a regra

Mesmo as modificações legislativas de carácter geral e abstrato, que se refiram à competência, devem ter eficácia apenas aos fatos praticados após a sua entrada em vigência. É que a garantia da certeza prévia do juiz competente ostenta carácter autónomo e não perde importância quando em jogo estiver a subtração do imputado ao juiz preconstituído em lei⁴⁴⁸.

Não se pretende, é necessário reforçar, uma fossilização absoluta das regras sobre competência, mantendo-as imutáveis *ad eternum*. Modificações legislativas sobre competência podem ser necessárias e salutares, desde que harmonizadas com a garantia do juiz natural e respeitem a certeza prévia do juiz competente:

nova somente se aplica aos casos futuros: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio ... op.cit., p. 27: “Não temos dúvidas em afirmar que meras modificações da competência, entre os diversos órgãos da justiça comum, não importam em violação ao princípio do juiz natural, desde que contidas em leis regularmente promulgadas. Mas diversa se nos afigura a questão, quando se trata de modificação da competência, da justiça comum para a justiça especializada, ainda que estabelecida por norma constitucional. Nesses casos, não vemos como não estender a garantia do juiz natural à irretroatividade da competência constitucional, pelo que a fixação desta só pode ser feita para reger os casos futuros.” Em Portugal, Nuno BRANDÃO e Figueiredo DIAS, em posição recente, defendem a possibilidade de que alterações legislativas modifiquem a competência segundo a imediatidade: “Devendo a competência ser definida de modo geral e abstrato, questão é saber *quando* o deve ser. Estando o princípio do juiz natural diretamente ligado ao princípio da legalidade criminal, poderia porventura pensar-se que o ponto de referência temporal deveria ser, em observância da proibição de retroatividade inerente ao *nullum crimen sine lege*, o momento da prática do fato. Uma ideia que poderia ainda ser sugerida pelo teor literal do art. 32º-9 da CRP, na parte em que faz referência à fixação da competência por ‘lei anterior’. Não deve ser esta, porém, a amplitude temporal a conceder ao princípio do juiz natural. Do que nele se trata, como vimos, é de prevenir que as regras gerais de competência sejam desvirtuadas por intervenções arbitrárias *ad hoc* que desviem o processo do juiz a quem deveria ser distribuído. Uma teleologia que não resulta comprometida pela possibilidade de a competência vir a ser regulada por normas posteriores à prática do facto; obstando apenas a tal, mas também sempre, que a atribuição de competência seja feita através da criação de um juízo *ad hoc* (isto é, de exceção), ou do desaforamento concreto (e portanto discricionário) de uma certa causa penal, ou por qualquer outra forma discriminatória que lese ou ponha em perigo o direito dos cidadãos a uma justiça penal independente e imparcial.” (DIAS, J. F.; BRANDÃO, N. **Sujeitos** ... op. cit. p. 34-35). Oportuno destacar que Figueiredo DIAS, no seu “*Direito Processual Penal*”, de 1974, defende posição oposta, que será explorada adiante e a qual aderimos integralmente.

⁴⁴⁸ GREVI, Vittorio. Norme Modificatrici delle Circostrizioni Giudiziarie e Garanzia del Giudice Naturale Precostituito per Legge. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. a. X, fasc. 3 (luglio-settembre 1967), p. 1015-1017. Contudo, há precedentes da Corte Constitucional Italiana em sentido diverso. Tem-se entendido, que a garantia da irretroatividade das regras que fixam competência não ostenta carácter absoluto e, em alguns precedentes, admitiu-se a retroatividade de lei nova sobre competência (v.g. **Sent. 56/1967, 72/1976, 301/1986, 207/1987 e 268/1987**). Em análise desses precedentes, AGRÓ e LIPARI sintetizam a posição da Corte Constitucional: a modificação *ex post* de competência é “condicionada à ausência de um intento de influenciar o êxito dos julgamentos (por isso a jurisprudência requer que essa modificação seja disposta por lei geral) e pelo intento de satisfazer a exigências de serviço ou análogas.” (AGRÓ, A.; LIPARI, N. *La Giurisprudenza* ... op. cit., p. 203. [Trad. de: “(...) condizionata dall’assenza di un intento di influenzare l’esito dei giudizi (per questo la giurisprudenza richiede che esse siano disposte con legge generale) e dall’intento di soddisfare ad esigenze di servizio o analoghe.”])

“Em outros termos, em que pese o legislador seja perfeitamente livre para modificar, segundo os critérios que creia mais oportunos, a repartição da competência penal com relação aos crimes sucessivos à lei que a modifica, entretanto não pode se dizer o mesmo para os crimes cometidos em época precedente [à vigência da lei nova]: a garantia individual do cidadão ao conhecimento prévio (prévio, se entende, com relação ao crime) do juiz que o julgará implica, de fato, que de qualquer crime se conheça o juiz designado como competente pela lei em vigor ao momento de sua prática.”⁴⁴⁹

Em outras palavras, se após a ocorrência dos fatos for possível atribuir efeitos imediatos às regras que definem competência, de forma a permitir que regras novas se apliquem a fatos anteriores à sua vigência, será admissível, mediante alteração legislativa, escolher um juiz mais interessante ao julgamento do caso penal⁴⁵⁰.

É nesses termos que Roberto ROMBOLI defende a rigidez absoluta da preconstituição do juiz competente: “*o conceito de preconstituição se põe como elemento rígido que não pode ser limitado, uma vez que a garantia individual*

⁴⁴⁹ GREVI, V. Norme ... op. cit., p. 1017. [Trad. de: “In altri termini, mentre il legislatore ordinario è liberissimo di modificare, secondo i criteri che crede più opportuni, la ripartizione delle competenze penali con riferimento ai reati successivi alla legge di modifica, altrettanto non può dirsi per i reati commessi in epoca precedente: l’attribuzione al singolo cittadino del diritto alla preventiva conoscenza (preventiva, s’intende, rispetto al reato) del giudice che lo giudicherà implica, infatti, che di ogni reato conosca il giudice designato come competente dalle leggi in vigore al momento della sua commissione.”]. No mesmo sentido: MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 93-94.

⁴⁵⁰ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 136: “Há maneiras muito mais sutis e igualmente eficazes de se atingir o propósito de afastar o juiz previamente competente e imparcial, substituindo-o por outro, escolhido de acordo com interesses específicos, sem ter que se valer de tribunais de exceção. Uma destas maneiras é, depois da prática do fato, e quando já se sabe qual será o juiz competente, segundo as regras vigentes no momento do delito, modificar a lei, alterando o critério de competência ou o fator de coligamento.” E nem mesmo argumentos fáticos – como a melhor e mais efetiva administração da justiça – podem se prestar à mitigação da garantia individual. Conforme GREVI: “A estrita observância ao princípio de preconstituição do juiz pode dar lugar (...) à inconvenientes práticos, as vezes até graves, por ocasião de modificações legislativas das regras sobre competência: uma tal constatação, todavia, não parece suficiente, a qualificar de ‘absurda’, ou ainda ‘excessiva’, a tese que afirma a irretroatividade (no sentido supra especificado) da lei nova *in subiecta materia*: a questão não é resolvível com base em considerações de fato.” (GREVI, V. Norme ... op. cit., p. 1020-1021. [Trad. de: “La stretta osservanza del principio di preconstituzione del giudice può certo dar luogo (...) ad inconvenienti pratici, talora anche gravi, in occasione di ogni modifica legislativa delle regole sulla competenza: una tale constatazione, tuttavia, non sembra sufficiente a far qualificare ‘assurda’, o comunque ‘excessiva’, la tesi che afferma l’irretroattività (nel senso sopra specificato) delle nuove leggi *in subiecta materia*: la questione non è risolvibile in base a considerazioni di fatto.”])

consiste, precisamente, em ser aquela que julga competente com base em uma lei abstrata vigente antes do fato a ser julgado.”⁴⁵¹

Tem-se aqui, portanto, hipótese de exceção à imediatidade (art. 2º, do CPP), na medida em que o juiz competente sempre será aquele previsto segundo as regras vigentes no momento da prática dos fatos a serem submetidos a posterior julgamento. Substitui-se, na matéria, o brocardo *tempus regit actum* pelo *tempus criminem regit iudicem*⁴⁵²; na expressão de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “*é como se o crime ‘agarrasse’ o juiz.*”⁴⁵³

No Brasil, porém, segue-se majoritariamente, no ponto, tese construída nos tempos sombrios da ditadura militar⁴⁵⁴, defendendo-se a aplicação imediata

⁴⁵¹ ROMBOLI, R. **Il Giudice** ... op. cit., p. 213. [Trad. de: “(...) il concetto di precostituzione si pone come elemento rigido che non può essere limitato, dal momento che la garanzia per il cittadino consiste proprio nell’essere, colui che lo giudica, competente in base ad una legge entrata in vigore prima del fatto da giudicare (...).”]. Em sentido diverso, entendendo que a predeterminação pode sofrer atenuações e, consequentemente, seria admissível que regras novas modificativas de competência fossem aplicadas a processos em curso, cf.: CORDOBA CASTROVERDE, D. Algumas ... op. cit., p. 100-107; FOSSAS ESPADALER, E. Legislador ... op. cit., p. 25-27.

⁴⁵² ANDRIOLI, V. La Preconstituzione ... op. cit., p. 328. No mesmo sentido: LADRÓN DE GUEVARA, J. B. Concepto ... op. cit., p. 96-97; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. El Juez ... op. cit., p. 826.

⁴⁵³ COUTINHO, J. N. M. O Princípio ... op. cit. p. 173. Gustavo BADARÓ adverte que “há, pois, do lado do legislador, uma obrigação de estabelecer a competência do juiz *pro futuro*” e que “admitir leis processuais penais retroativas, em especial, no que toca à competência e, consequentemente, à ‘escolha’ do julgador, é favorecer o arbítrio e o abuso de poder.” (BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 158-160 e 165). Ainda nesse sentido é a posição de Roberto ROMBOLI, para quem as regras novas modificativas de competência possuem aplicabilidade *pro futuro* (ROMBOLI, R. **Il Giudice** ... op. cit., p. 211).

⁴⁵⁴ A questão vem debatida desde o AI-2, que na regra do art. 6º, alterou o art. 105, *e*, da CR/46, fixando a competência da Justiça Comum Federal para o processo e julgamento dos crimes políticos, alterando ainda a redação do art. 108, § 1º, da CR/46, que passou a prever a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional. Em síntese, o AI-2, a par de supostamente manter a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes políticos, transferiu o julgamento de absolutamente todos os crimes contra a segurança interna do País para a Justiça Castrense, esvaziando a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de infrações políticas. A questão que se colocou ao STF, então, consistiu em saber se as regras novas seriam aplicadas apenas aos crimes futuros ou se teriam aplicação imediata, atingindo também fatos, investigações e processos anteriores à vigência da regra nova. O STF se manifestou duas vezes sobre o tema e em ambas as hipóteses admitiu – em maior ou menor extensão – mitigações ao princípio do juiz natural. Em um primeiro momento, tratou sobre a competência recursal nas hipóteses de crimes políticos. A regra do art. 101, II, *c*, da CR/46, previa a competência do STF para julgar, em sede de recurso ordinário, o crime político. No AI-2, o recurso cabível nesses casos passou a ser a apelação, de competência do STM (art. 8º, §§ 1º e 2º). Ao ser instado a se manifestar se as regras novas sobre competência recursal se aplicavam aos recursos em trâmite, o STF, no julgamento da *Apelação Criminal 1.585*, decidiu por maioria – vencido o Min. Pedro Chaves, que defendia a aplicação imediata da regra recursal positivada no AI-2 – que os recursos interpostos segundo a lei antiga deveriam seguir o trâmite desta lei a não da lei nova (STF – **Acr 1.585**, Rel. Luiz Galotti, DJ 17.11.1966). Ainda em discussão sobre questões recursais, ficou assentado, em outro julgado, que as regras novas sobre competência recursal teriam incidência apenas para “*processos decididos na primeira [instância] antes da edição do Ato Institucional nº 2*” (STF – **Diligência no RC 1.061**, Rel. Min. Prado Kelly, DJ 8.6.1966), burlando-se as regras prévias de competência recursal, pois se admitiu que após a ocorrência do crime fosse modificada a competência

das regras novas que alteram competência, inclusive em relação a fatos anteriores à vigência da regra processual nova:

“(…) a garantia em exame [juiz natural], que implica a predeterminação do juiz competente, não tem um caráter absoluto nem se aplica com abstração de sua *ratio*, razão lógica e primeira de sua instituição. Bem por isso, a designação de um juiz *ex post facto* só é inadmissível quando, alternativamente, deriva de critérios subjetivos, implica interferência arbitrária no funcionamento do Poder Judiciário ou frustra o reto e imparcial funcionamento da função jurisdicional.

Respeitadas as autorizações constitucionais, são, no entanto, legítimas as modificações veiculadas por lei, quando promulgadas para aperfeiçoar o exercício da jurisdição (...).

Merece especial registro a lição de Carlos Maximiliano, para quem por sua própria substância, impõe-se a incidência imediata de todas as disposições concernentes à jurisdição e competência, razão pela qual ‘regem o processo e julgamento dos fatos anteriores à sua promulgação’.⁴⁵⁵

Em que pese a pouca adesão doutrinária e jurisprudencial da posição defendida, há algumas vezes a encampar a construção de que o juiz natural é aquele fixado segundo as regras de competência vigentes no momento da prática do fato em tese delituoso, segundo a máxima *tempus criminem regit iudicem*.

Rogério Lauria TUCCI, em interpretação dos dispositivos constitucionais que contemplam a garantia do juiz natural no Brasil, entende que estes “*se*

para os recursos. O segundo momento em que o STF se manifestou sobre o tema se referiu ao primeiro grau de competência, quando em clara afronta à anterioridade das regras que fixam o juiz natural, entendeu que “*Cabem à Justiça Militar o processo e julgamento dos crimes políticos praticados antes do A.I. n. 2, de 27.10.1965*” (STF – CJ 4.894, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28.2.1969). Em posição crítica e de vanguarda, preservando a *ratio essendi* da garantia do juiz natural, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Advocacia da Liberdade: a defesa nos processos políticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 12: “No dia 27 de outubro de 1965, impôs o Governo ao país o Ato Institucional nº 2, com o qual se conferiu poderes ditatoriais, anulando o Congresso e eliminando garantias elementares da justiça. No nosso assunto, **a mais importante consequência desse Ato foi a transferência para a Justiça Militar de todos os processos por crime políticos, inclusive os que estavam em andamento. Isso significou grave ofensa ao chamado princípio do juiz natural, que é uma garantia do cidadão perseguido. Esse princípio estabelece que ninguém pode ser julgado senão pelos juízes que eram competentes para o julgamento na época em que o crime foi praticado. Sempre foi muito fácil aos tiranos perseguir os inimigos políticos, não mudando a lei, mas sim os juízes que deviam julgá-los.**” – g.n. –

⁴⁵⁵ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Modificações na Competência da Justiça Militar e o Princípio do Juiz Natural (Apontamentos Sobre a Lei 9.299/96). **Revista dos Tribunais**, a. 86, v. 735 (jan.1997), p. 454-455.

*complementam, ao estatuírem a exigência de preconstituição do órgão jurisdicional penal competente; vale dizer, de que somente pode conhecer e julgar as causas criminais o agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor na época do cometimento da ação delituosa.”*⁴⁵⁶

A matéria também foi tratada em precedente paradigma do Superior Tribunal de Justiça:

"HC - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - JUIZ NATURAL - JUIZ NATURAL SIGNIFICA O JUÍZO PRE-CONSTITUÍDO, OU SEJA, DEFINIDO POR LEI, ANTES DA PRÁTICA DO CRIME. GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE VISA A IMPEDIR O ESTADO DE DIRECIONAR O JULGAMENTO, AFETANDO A IMPARCIALIDADE DA DECISÃO." (STJ - HC 4.931, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 20.10.1997)

É, porém, na sistematização da matéria conferida em Portugal por Jorge de FIGUEIREDO DIAS que o aspecto positivo da garantia do juiz natural, como juiz competente, encontra sua melhor expressão dogmática. Com efeito, ao destacar que a garantia tem por escopo concretizar critérios de legalidade, irretroatividade e isonomia na definição da competência, o autor decompõe o estudo do juiz natural em três planos de análise, vinculados à legalidade (plano da fonte), anterioridade/irretroatividade (plano temporal) e taxatividade (plano da ordem taxativa):

⁴⁵⁶ TUCCI, R. L. **Direitos** ... op. cit., p. 125-126. Do mesmo autor, cf.: Juiz Natural e Competência em Tribunal. **Revista dos Tribunais**, a. 88, v. 765 (jul. 1999), p. 100; Juiz Natural, Competência Recursal, Preclusão *Pro Judicato*, Violação de Literal Disposição de Lei e Ação Rescisória. **Revista dos Tribunais**, a. 94, v. 838 (agosto 2005), p. 135. No mesmo sentido, para além das referências feitas a Jacinto COUTINHO, Gustavo BADARÓ e Heleno FRAGOSO, cf.: MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 47; GIACOMOLLI, N. J. **O Devido** ... op. cit., p. 259: "(...) juízo predeterminado é o ordinário, o constitucionalmente previsto, o juízo competente (art. 5º, LIII, CF) para processar e julgar a causa conforme dispõem as regras de competência estabelecidas quando da prática do fato."; KARAM, M. L. **Competência** ... op. cit., p. 46: "(...) o significado do princípio do juiz natural leva a um primeiro e imperativo reconhecimento de que somente o órgão jurisdicional pré-constituído, ou seja, o órgão cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas normas abstratas já existentes, é que poderá legitimamente exercer a jurisdição em um processo dado."; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 116.

"a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da *fonte*: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.

b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio de *irretroactividade*: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.

c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de excepção, i. é, jurisdições ad hoc criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras *gerais* de competência; o que não obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade."⁴⁵⁷

FIGUEIREDO DIAS promove, com extrema profundidade dogmática, a fixação dos pilares da garantia do juiz natural sob os postulados da legalidade estrita, irretroatividade da lei em matéria processual penal e segurança jurídica na fixação do órgão jurisdicional competente, segundo o postulado da proibição da surpresa, que decorre do *fair trial* processual.

A sistematização da matéria realizada por FIGUEIREDO DIAS permite dizer que a eficácia do juiz natural, sob o aspecto da competência jurisdicional, nada mais significa do que prestigiar o princípio da legalidade processual penal. Ou, traçando-se um paralelo em face da legalidade material, a fixação do juiz

⁴⁵⁷ DIAS, J. F. **Direito** ... op. cit., p. 322-323. As dimensões fundamentais da garantia do juiz natural, segundo Vital MOREIRA e Joaquim José Gomes CANOTILHO, aproximam-se da tese de FIGUEIREDO DIAS: "A doutrina costuma salientar que o princípio do juiz legal comporta várias dimensões fundamentais: (a) exigência de *determinabilidade*, o que implica que o juiz (ou juízes) chamado(s) a proferir decisões num caso concreto estejam previamente individualizados através de leis gerais, de uma forma o mais possível inequívoca; (b) *princípio da fixação de competência*, o que obriga à observância das competências decisórias legalmente atribuídas ao juiz e à aplicação dos preceitos que de forma mediata ou imediata são decisivos para a determinação do juiz da causa; (c) observância das determinações de procedimentos referentes à *divisão funcional interna* (distribuição de processos), o que aponta para a fixação de um *plano* de distribuição de processos (...)" (CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição** ... op. cit., p. 525)

competente atende – ou deveria atender, caso se pretenda levar a sério a garantia –, *mutatis mutandis*, aos critérios da *lex scripta* (fonte), *praevia* (temporal) e *certa* (ordem taxativa).

3.4.3. Juiz Natural como “Juiz-Pessoa”

Já se disse que há uma relação intrassistêmica envolvendo independência judicial, imparcialidade e juiz natural. Com efeito, a garantia do juiz natural é um dos mecanismos através dos quais se busca conferir efetividade aos ideais de imparcialidade e independência.

Imparcialidade e independência, por seu turno, são garantias que possuem uma dimensão orgânica, no sentido de salvaguardarem o órgão jurisdicional, porém ostentam igualmente uma dimensão individual, que diz com a proteção da figura do magistrado.

A dimensão individual da imparcialidade fica evidenciada, exemplificativamente, através dos mecanismos infraconstitucionais de preservação dessa garantia, como o são as hipóteses de impedimento e suspeição (arts. 252 e 254, do CPP), todas referentes à pessoa do magistrado e não à abstração do órgão jurisdicional.

É de se reconhecer ainda que a imparcialidade, mais que um atributo do órgão jurisdicional, tem por sujeito principal o indivíduo que irá exercer o poder jurisdicional, de modo que o princípio se refere tanto à função jurisdicional como à pessoa do juiz⁴⁵⁸.

Por seu turno, a dimensão individual da independência judicial pode ser deduzida das garantias orgânicas constitucionais da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), que se referem, em geral, ao Poder Judiciário, porém atuam em favor de cada magistrado singularmente considerado.

⁴⁵⁸ ROMBOLI, R. *Il Giudice* ... op. cit., p. 148; BADARÓ, G. H. *Juiz* ... op. cit., p. 191.

A propósito, se a principal finalidade da independência judicial consiste em evitar pressões externas ou internas, possibilitando ao juiz exercer o poder jurisdicional vinculado exclusivamente à lei, parece evidente que a garantia não se refere apenas ao órgão jurisdicional – um ente abstrato que, por óbvio, não sofre pressões –, mas precipuamente à pessoa do magistrado investido do poder jurisdicional.

Assim, havendo dimensões individuais inerentes à independência judicial e à imparcialidade, e sabendo-se que a garantia do juiz natural atua de modo a efetivar estes postulados, pode-se concluir que o princípio da naturalidade do juízo também comporta uma dimensão individual, referindo-se não apenas ao órgão jurisdicional, mas à pessoa do juiz:

“A inclusão daquilo que denominamos “juiz-pessoa” no âmbito da garantia em exame se baseia (...) na sua própria finalidade. Se a *ratio* do princípio do juiz legal consiste em assegurar a independência dos juízes em relação a influências externas (essencialmente, como mais adiante se verá, com respeito aos órgãos estatais não legislativos ou ainda ao próprio legislador que intervenha *a posteriori*), a mais elementar interpretação teleológica da norma conduz a estender o âmbito de garantia ao juiz-pessoa, posto que, em caso contrário, aquilo que o legislador ou outros poderes públicos não puderam conseguir manipulando a criação ou a atribuição de competência dos órgãos jurisdicionais, teriam em seu alcance através de uma manipulação dos mecanismos de determinação da pessoa dos juízes.”⁴⁵⁹

De forma ainda mais explícita, LADRÓN DE GUEVARA aduz que o juiz natural “*é toda pessoa designada para exercer tal função através de um órgão*”

⁴⁵⁹ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. Il Juez ... op. cit., p. 116. [Trad. de: “L’inclusione di ciò che denominiamo “giudice-persona” nell’ambito della garanzia in esame si basa (...) sulla finalità della stessa. Se la *ratio* del principio del giudice legale consiste nell’assicurare l’indipendenza dei giudici rispetto alle influenze esterne (essenzialmente, come più oltre si vedrà, rispetto agli organi statali non legislativi o anche al legislatore stesso che intervenga a posteriori), la più elementare interpretazione teologica della norma conduce ad estendere l’ambito di garanzia al giudice-persona, posto che, in caso contrario, ciò che il legislatore o altri poteri pubblici non potrebbero conseguire manipolando la creazione o l’attribuzione di competenza degli organi giurisdizionali, lo avrebbero a loro portata attraverso una manipolazione dei meccanismi di determinazione delle persone dei giudici.”]

jurisdicional criado previamente por lei orgânica, investido de jurisdição e competência com anterioridade ao fato motivador de sua atuação”⁴⁶⁰.

A existência de uma dimensão individual da garantia do juiz natural, para além dos vínculos com a independência e a imparcialidade, encontra ainda fundamento na ausência de neutralidade axiológica na figura do magistrado.

A crença no juiz neutro é um postulado positivista, pelo qual se pretendia que a atividade jurisdicional fosse a mais “objetiva” possível, vale dizer, buscava-se alijar, tanto quanto fosse possível, as decisões judiciais de quaisquer formas de individualidade ou intervenções subjetivas do intérprete-julgador.

Tal qual uma máquina, a atividade judicante seria expressa como mera subsunção: do cotejo entre premissa menor (fatos) e premissa maior (lei), deveria o magistrado extrair uma síntese, expressada pela sentença. A objetividade das premissas garantiria a objetividade e uniformidade das conclusões, de modo que qualquer juiz, que corretamente aplicasse o direito, chegaria a uma mesma decisão no caso concreto. Nesse contexto histórico, de pretensa objetividade jurídica e neutralidade axiológica, é forjada a garantia do juiz natural:

“[a] fórmula do juiz natural foi influenciada fortemente na época de sua afirmação – pelo postulado iluminista do juiz entendido como um simples *ente inanimado*: o magistrado aparecia como uma simples *máquina de decisões* (como seria dito mais tarde), ou seja, como um aparelho mecânico de silogismo. As regras sobre competência assumiam, então, uma simples função de economia e de organização do trabalho judiciário. Bem se compreende que, nessa perspectiva, toda a lei sobre organização judiciária de agosto de 1790 e o próprio conceito de juiz natural não podiam senão que se apoiar sobre o postulado da absoluta fungibilidade dos magistrados.”⁴⁶¹

Portanto, na gênese da garantia do juiz natural, atribuiu-se menor importância à preservação da amovibilidade do juiz – dado que substituir um indivíduo pretensamente neutro por outro não implicaria alteração do resultado

⁴⁶⁰ LADRÓN DE GUEVARA, J. B. Concepto ... op. cit., p. 82; LADRÓN DE GUEVARA, J. B. El Juez ... op. cit., p. 817.

⁴⁶¹ NOBILI, Massimo. Il Giudice nella Società Contemporanea ed i Criteri di Assegnazione delle Cause. *Rivista di Diritto Processuale*. 1974, p. 86.

da decisão –, pois o que se buscava, sobremaneira, era vedar a constituição de comissões extraordinárias, bem como vedar ingerências externas na definição dos órgãos competentes para o julgamento dos casos.

Contudo, o mito da neutralidade axiológica do juiz não mais se sustenta na modernidade.

Afirmar que o juiz não é neutro significa dizer que cada magistrado possui um conjunto de vivências, experiências de vida e ideologias que influem no momento de tomada de decisão⁴⁶². O juiz “boca-da-lei” – ficção positivista, fundada na crença da resposta jurisdicional única e baseada em “leis claras”, que supostamente não demandariam interpretação –, se algum dia existiu, hoje está desacreditado.

O conjunto de experiências individuais e singulares de cada um influi inequivocamente nos julgamentos, de modo a se poder dizer que *“cada juiz é único, sendo inadequado trabalhar sob uma concepção forjada a partir de um corpo homogêneo de magistrados fungíveis e intercambiáveis entre si.”*⁴⁶³

Se assim o é, permitir que, depois de fixada a competência, seja alterado discricionariamente o juiz do caso concreto, significa desnaturar a garantia do juiz competente. Afinal, trata-se de burla às regras de competência manter fixo o órgão jurisdicional, admitindo-se, por outro lado, designações *ad hoc* ou alterações subjetivas do magistrado, mormente quando a modificação do juiz pode significar a mudança do resultado do julgamento⁴⁶⁴.

Em outros termos, de nada adianta manter inalterado o “órgão competente” se for possível manipular o “juiz competente”. O exemplo de Gaetano FOSCHINI é emblemático: “Impedir que um dado processo possa ser

⁴⁶² COUTINHO, J. N. M. Introdução ... op. cit., p. 168-174; COUTINHO, J. N. M. O Papel ... op. cit., p. 47-49.

⁴⁶³ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 191.

⁴⁶⁴ ROMBOLI, R. Teoria ... op. cit., p. 69: “A existência de um pluralismo ideológico no interior da magistratura impõe de fato critérios de atribuição automática dos processos, próprios a evitar a suspeita de que a atribuição dos feitos a este ou aquele juiz se faça discricionariamente (...)” [Trad. de: “L’esistenza di un pluralismo ideologico all’interno della magistratura impone infatti criteri di assegnazione automatica dei processi, proprio ad evitare il sospetto che l’assegnazione dell’affare a questo o quel giudice, se fatta discrezionalmente (...).”]

julgado pelo Tribunal de Catania, ao invés daquele Tribunal de Ragusa, não vale de nada, se não resta impedido também que se constitua o Tribunal de Ragusa, aplicando a este os juízes do Tribunal de Catania.”⁴⁶⁵

Essa concepção “*mais abrangente*” da garantia do juiz natural, como critério de predeterminação não apenas do órgão jurisdicional, mas do juiz individualmente competente, é adotada no âmbito do direito alemão, como destaca Karl Heinz SCHWAB:

“Na República Federal da Alemanha o princípio do juiz natural é compreendido em sentido abrangente. Em um número muito grande de decisões, o Tribunal Constitucional Federal tem-se ocupado da interpretação do artigo 101, I, 2, da Lei Fundamental. Assim se observa uma decisão de 1964:

‘Juiz natural no sentido desta norma é não somente o tribunal como unidade organizada ou o tribunal reconhecido como órgão judicante, perante o qual um caso concreto é processado e julgado, mas são também os juízes competentes para a decisão de um caso individual. Esta é, portanto, a finalidade do comando do artigo 101, I, 2, da Lei Fundamental.’

Conseqüentemente, o princípio do juiz natural exige não só uma disciplina legal da via judicial, da competência funcional, material e territorial do tribunal, mas também uma regra sobre qual órgão judicante (Câmara, Turma, Senado) e qual juiz em cada um desses órgãos individualmente considerados devem exercer a sua atividade.”⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ FOSCHINI, Gaetano. Giudici in Nome del Popolo, non già Comissari del Capo della Corte. **Foro Italiano**, 1963, II, p. 168. [Trad. de: “(...) impedire che un dato proceso possa esser giudicato dal tribunale di Catania invece che da quello di Ragusa non vale niente, se non resta impedito anche che si costituisca il tribunale di Ragusa applicando ad esso i giudici del tribunale di Catania.”]. Exemplo similar, adaptado à realidade pátria, é formulado em BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 193-194, nota de rodapé 224.

⁴⁶⁶ SCHWAB, K. H. Divisão ... op. cit., p. 38. No mesmo sentido, cf.: HARTWIG, M. *Il Gezetliche* ... op. cit., p. 85 e 94; ESCALADA LÓPEZ, M. L. *El Derecho* ... op. cit., p. 184: “**A formulação do juiz legal requer, em segundo lugar, a distribuição legal da competência ao órgão e ao juiz**, mediante lei prévia, geral e aportadora de independência e imparcialidade, excludente, portanto, da distribuição competencial operada por norma ilegal, *ex post* e *ad hoc*.” – g.n. – [Trad. de: “La formulación del juez legal requiere, en segundo lugar, la distribución legal de la competencia al órgano y al juez, mediante ley previa, general y aportadora de independencia e imparcialidad, excluyente, por tanto, de la distribución competencial operada por norma ilegal, *ex post* y *ad hoc*.”]. Pouco adiante, deixando a posição ainda mais clara, aduz-se que a garantia ao juiz legal comporta uma dimensão orgânico-subjetiva e outra axiológica. Em relação àquela, afirma-se que “o termo juiz legal alude tanto ao tribunal (...) como ao juiz chamado a

Na Itália, a questão sofre oscilações, ainda que a tendência mais atualizada caminhe no sentido de se incorporar, no âmbito da garantia do juiz natural, além do órgão jurisdicional, a figura individual do magistrado.

No âmbito da *Corte di Cassazione*, Roberto ROMBOLI destaca uma multiplicidade de decisões que, desde a década de 1980, são no sentido de que a expressão "juiz natural" abarca apenas o órgão judiciário e não os seus componentes individualmente considerados. Na jurisprudência da Corte Constitucional, até meados da década de 1980, os precedentes forjados não permitem conclusão segura sobre a questão, que foi tratada apenas em nível secundário⁴⁶⁷.

No ano de 1985, a Corte Constitucional se debruçou de forma mais específica sobre o tema, quando afirmou que o art. 25.1, da Constituição “*não garante a permanência da pessoa física em um determinado órgão jurisdicional, mas a certeza do cidadão de ver tutelados os próprios direitos e interesses por um órgão previamente estabelecido pelo ordenamento e independente de quaisquer influências externas.*”⁴⁶⁸

Essa posição foi reafirmada em precedentes posteriores. Com efeito, a vinculação do juiz natural exclusivamente ao órgão judiciário, e não ao magistrado singularmente considerado, foi reforçada ao se consignar que “*o juiz natural preconstituído por lei é o ofício judiciário individualizado segundo os*

resolver um caso concreto.” (ESCALADA LÓPEZ, M. L. El Derecho ... op. cit., p. 185. [Trad. de: “el término juez legal alude tanto al tribunal como unidad organizativa (...) como al juez llamado a resolver o decidir un caso concreto.”]).

⁴⁶⁷ AGRÓ, A.; LIPARI, N. La Giurisprudenza ... op. cit., p. 199; ROMBOLI, R. Teoria ... op. cit., p. 57-59. No âmbito da *Corte di Cassazione*, ROMBOLI faz referência, dentre outras, à orientação forjada em *Cass. 22 novembre 1983, n. 642* e, mais recentemente, *Cass. 6 agosto 1990, n. 7921*. No que diz com a Corte Constitucional, faz-se referência, na nota de rodapé 71, a diversos precedentes dos anos de 1969 a 1977. Nesses precedentes foram decididas questões indiretamente relacionadas à extensão da garantia do juiz natural – relativas, por exemplo, à composição do órgão judicante –, e que demandavam conferir interpretação à expressão “juiz” (*giudice*) contida na regra do art. 25.1, da Constituição. Nesses casos, a Corte constitucional entendeu legítima a intervenção de sujeitos diversos do legislador na fixação do juiz competente, com vistas à imprescindíveis exigências de serviço e para uma eficiente organização judiciária e racional distribuição de trabalho (v.g. *Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 146* e *Corte Cost. 30 marzo 1977, n. 52*).

⁴⁶⁸ *Corte Cost. 23 maggio 1985, n. 156*. [Trad. de: “(...) non garantisce la permanenza delle *persone fisiche* in un determinato organo giurisdizionale, ma la certezza del cittadino di veder tutelati i propri diritti e interessi da un *organo* già preventivamente stabilito dall’ordinamento e indipendente da ogni influenza esterna.”]

critérios de competência previamente estabelecidos com respeito a uma fattispecie astrata, pelo ordenamento processual”⁴⁶⁹.

Essas orientações pretéritas, porém, foram superadas em discussões mais recentes. O câmbio interpretativo ocorreu na *Sentenza 272/98* quando, a se retomar o quanto decidido na *Sentenza 88/62* – “*prestituição do juiz e discricionariedade na sua concreta designação são critérios entre os quais não se vê uma conciliação possível*”⁴⁷⁰ –, superou-se a tese segundo a qual a garantia do juiz natural se refere exclusivamente ao órgão jurisdicional e não ao magistrado pessoa física, afirmando-se que

“a finalidade perseguida pelo Constituinte seria frustrada caso se limitasse a assegurar a conformidade formal com o tribunal preconstituído por lei, mas se aceitasse, então, que a repartição interna de casos entre os magistrados, a composição dos colegiados e outros aspectos análogos do perfil organizativo da atividade jurisdicional continuassem a ser confiados a provimentos discricionários, tomados por superiores hierárquicos e *ex post* em relação à fattispecie concretamente verificada.

A interpretação do termo juiz como referido à pessoa física se justifica, ademais, em duas ordens de considerações: de um lado, a instrumentalidade da prestituição do juiz se refere à imparcialidade da função judiciária, de modo que a garantia somente faria sentido se referida, justamente, ao “juiz-pessoa física”, porque é somente em relação às atitudes psicológicas deste que se pode valorar se há ou não imparcialidade; de outro lado, o caráter criativo da atividade interpretativa do juiz, que traria ínsita a possibilidade de conferir soluções diversas a casos análogos, em que pese a aplicação da mesma lei.

Constatado, então, que o princípio do art. 25.1, da Constituição tende a realizar e a garantir a permanência de um efetivo pluralismo interno à magistratura, excluindo que a atribuição de um processo venha feita *post*

⁴⁶⁹ *Corte Cost., ord. 18 maggio 1989, n. 271*. [Trad. de: “il giudice naturale preconstituito per legge è l’ufficio giudiziario individuabile secondo i criteri di competenza previamente stabiliti rispetto a fattispecie astratte, dall’ordinamento processuale (...).”]. No mesmo sentido, cf.: *Corte Cost. Ord. 22 gennaio 1992, n. 271* e *Sent. 12 giugno 1992, n. 269*.

⁴⁷⁰ *Sentenza 88/62*. [Trad. de: “prestituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri fra il quali non si ravvisa una possibile conciliazione.”]

factum, e que o mesmo princípio não possui nenhuma razão de ser em uma situação de fungibilidade absoluta de juízes (...)."⁴⁷¹

A posição mais recente, que incorpora na garantia do juiz natural o “*juiz-pessoa*”, é encampada na doutrina. Com efeito, ao compreender o juiz natural como mecanismo apto a preservar a imparcialidade e a independência judicial, Roberto ROMBOLI enxerga um importante aspecto individual na naturalidade do juízo:

“É sem dúvida verdade que, se o fim do princípio do juiz natural consiste em dar ao cidadão a certeza que quem o julga não é seguramente um juiz parcial, isso pode ser atingido somente se se referir a garantia aos magistrados singulares que compõem o órgão judicante. A mesma imparcialidade do juiz referida, como se disse, à função jurisdicional, somente faz sentido se vista em face das pessoas físicas dos juízes, sendo uma pura abstração lógica que quem julga é o órgão em seu complexo.”⁴⁷²

⁴⁷¹ *Sentenza 272/98*. [Trad. de: "(...) la finalità perseguita dal Costituente sarebbe vanificata se ci si limitasse ad assicurare il formale rispetto della competenza dell'ufficio giudiziario precostituito per legge, ma si ammettesse, poi, che la ripartizione interna degli affari fra i magistrati, la composizione dei collegi ed altri aspetti analoghi del profilo organizzativo dell'attività giurisdizionale continuassero ad essere affidati "a provvedimenti discrezionali, presi dai capi degli uffici ed ex post rispetto alla fattispecie concretamente verificatasi".

L'interpretazione del termine giudice come riferito alla persona fisica si giustificerebbe, inoltre, con due ordini di considerazioni: da un lato, la strumentalità della precostituzione del giudice rispetto all'imparzialità della funzione giudiziaria, sicché la garanzia avrebbe un senso solo se riferita, per l'appunto, al "giudice-persona fisica", poichè è soltanto in relazione agli atteggiamenti psicologici di questi che può valutarsi se sussista o meno l'imparzialità; dall'altro, il carattere creativo dell'attività interpretativa del giudice, che recherebbe insita la possibilità di dare soluzioni diverse a casi analoghi, pur in applicazione della stessa legge

Rilevato, quindi, che il principio dell'art. 25, primo comma, della Costituzione tende a realizzare ed a garantire la permanenza di un effettivo pluralismo all'interno della magistratura, escludendo che l'assegnazione di un processo venga fatta post factum, e che lo stesso principio non avrebbe alcuna ragion d'essere in una situazione di assoluta fungibilità dei giudici (...)]. Essa posição foi reafirmada posteriormente na *Sentenza 419/98*.

⁴⁷² ROMBOLI, R. *Il Giudice* ... op. cit., p. 148. [Trad. de: “È senza dubbio vero che, se il fine del principio del giudice naturale consiste nel dare al cittadino la certezza che chi lo giudica non è sicuramente un giudice parziale, questo può essere raggiunto soltanto con il riferire la garanzia ai singoli magistrati che compongono l'organo giudicante. La stessa imparzialità del giudice riferita, come si è detto, alla funzione giurisdizionale ha un senso solo se vista con riguardo alle persone fisiche dei giudici, essendo una pura astrazione logica che a giudicare sia l'organo nel suo complesso.”] No mesmo sentido: FOSCHINI, G. *Giudici* ... op. cit., p. 167. Em sentido diverso: TAORMINA, C. *Procedimento* ... op. cit., p. 415: “o ato de julgar, isto é, a emanação da decisão, não é obra funcional do componente singular, mas do órgão; e da mesma forma o ato de instruir, é considerado como função do órgão e não do juiz-indivíduo.” [Trad. de: “(...) il giudicare, l'emanazione cioè della decisione non è opera funzionale del singolo componente, ma dell'organo; e parimenti l'istruire, è riguardato come funzione dell'organo e non del giudice-individuo.”]

A mesma tendência se verifica na Espanha⁴⁷³. Na *Sentencia 47/82* do Tribunal Constitucional, a questão foi tratada marginalmente. Ao se discutir a extensão da garantia do juiz natural, formou-se tese no sentido de que a competência jurisdicional também se relaciona à idoneidade, imparcialidade e desinteresse subjetivo do magistrado no caso, motivo pelo qual o julgamento pelo juiz predeterminado em lei engloba o direito de recusa aos juízes privados das condições de imparcialidade.

No ano subseqüente, em precedente versando sobre a composição dos órgãos jurisdicionais, a questão do juiz natural como juiz pessoa foi enfrentada de maneira direta e específica. No bojo da *Sentencia 47/83*, a Corte Constitucional Espanhola firmou orientação no sentido de que a garantia do juiz natural, além de demandar que o órgão jurisdicional tenha sido criado previamente por lei, seja investido de jurisdição e possua competência fixada com anterioridade ao fato a ser julgado,

"exige também que a composição do órgão judicial venha determinada por lei e que em cada caso concreto se siga o procedimento legalmente estabelecido para a designação dos membros que constituem o órgão correspondente. Dessa forma, trata-se de garantir a independência e imparcialidade que o direito em questão comporta (...), garantia que restaria burlada se bastasse manter o órgão e pudesse alterar-se arbitrariamente seus componentes, que são quem, em definitivo, vão exercer suas faculdades intelectuais e volitivas nas decisões que serão adotadas."⁴⁷⁴

No Brasil, pouco se discute sobre a extensão individual do princípio do juiz natural⁴⁷⁵. Em face da garantia orgânica constitucional da inamovibilidade

⁴⁷³ Panorama geral da garantia do juiz natural como juiz pessoa na Espanha em: CÓRDOBA CASTROVERDE, D. Algunas ... op. cit., p. 92 e 94-96.

⁴⁷⁴ *Sentencia 47/83*. [Trad. de: "(...) exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta (...), garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercer sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse."]

⁴⁷⁵ Em posição de vanguarda, cf.: GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Novos Estudos Jurídicos*. a. VII, n. 14 (abr./2002), p. 21: "A garantia abrange a predeterminação legal do órgão e do seu titular, tendo, pois, um conteúdo dual: objetivo ou orgânico e subjetivo ou

(art. 95, II, da CR/88), a principal questão afeta à definição legal do magistrado singularmente competente se reflete nas hipóteses de substituições.

No contexto, parece intuitivo que as substituições devem decorrer de hipóteses legais taxativas e predeterminadas (v.g. sorteio), que determinem a forma através da qual a substituição deve se dar, de modo a sempre se evitar designações discricionárias ou subjetivas, preservando-se hígida a garantia do juiz natural⁴⁷⁶. A questão remete à reserva legal, como anota o Supremo Tribunal Federal:

“O sistema de substituição externa nos Tribunais Judiciários constitui, no plano de nosso direito positivo, matéria sujeita ao domínio temático da lei. Subordina-se, em conseqüência, ao princípio da reserva legal absoluta, cuja incidência afasta, por completo, a possibilidade de tratamento meramente regimental da questão. Esse tema – cuja *sedes materiae* só pode ser a instância normativa da lei – não comporta, e nem admite, em conseqüência, que se proceda, mediante simples norma de extração regimental, à disciplina das convocações para substituição nos Tribunais de Justiça Estaduais. Precedente do STF. Essa orientação, firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, prestigia o postulado do juiz natural, cuja proclamação deriva de expressa referência contida na Lei Fundamental da República (art. 5º, LIII).” (STF - HC 69.601, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 18.12.92)⁴⁷⁷.

pessoal. Não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade. A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos". Admitindo que o juiz natural possui aspectos gerais e particulares, incluindo nesse último a "garantia do juiz", cf.: PORTANOVA, R. **Princípios** ... op. cit., p. 65.

⁴⁷⁶ LIMA, R. B. **Manual** ... op. cit., p. 13: “Para que essa convocação [do substituto] seja considerada válida, sem qualquer ofensa ao princípio do juiz natural, é indispensável que haja a prefixação de qua será o juiz convocado, *segundo critérios objetivos predeterminados*.” BADARÓ, G. **Juiz** ... op. cit., p. 204: "a designação ou indicação [do juiz substituto], pelo presidente do tribunal, ou por qualquer outra pessoa, caracteriza escolha discricionária do julgador, incompatível com a garantia do juiz natural, no seu aspecto do 'juiz pessoa'." Ainda: MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 140-141, 148 e 192-195.

⁴⁷⁷ O precedente versou sobre a impossibilidade de Regimento Interno de Tribunal prever hipóteses de convocação de juízes de primeiro grau para atuar em substituição a desembargadores, pois a matéria estaria subordinada a reserva absoluta de lei. Questão diversa diz com a própria constitucionalidade da convocação de juízes de primeiro grau para atuar em órgãos colegiados de segundo grau. Nesse ponto, consignou o STF que “*A convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfere o princípio constitucional do juiz natural (...)*” (STF – HC 86.889, Rel. Min. Menezes Direito DJe 14.2.2008). A constitucionalidade da convocação de juízes de primeiro grau em auxílio a Desembargadores foi reafirmada em precedentes posteriores, mesmo que a composição majoritária do órgão colegiado fosse integrada por juízes (STF – HC 101.473, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 8.8.2016) Iguualmente, tem-se entendido não violar a garantia do juiz natural a convocação de Desembargadores

Ainda assim, o aspecto da garantia do juiz natural no âmbito das substituições não tem merecido a atenção devida.

É o caso da regra do art. 118, *caput*, da LOMAN, que permite, em hipóteses de vacância ou afastamento por prazo superior a 30 (trinta) dias, que membros de Tribunais Superiores, Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça possam ser substituídos por juízes, estabelecendo como critério de substituição a "*decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo ou, se houver, de seu órgão especial.*"

Ainda que exista critério legal prevendo a forma de substituição, é sintomático que o mecanismo positivado viola a taxatividade na definição do juiz substituto competente, na medida em que a lei prevê uma espécie de delegação da escolha do substituto ao Tribunal ou ao seu órgão especial, inexistindo objetividade na fixação do "substituto natural"⁴⁷⁸.

Outra hipótese de violação à taxatividade na definição do "substituto natural" vem disciplinada na regra do art. 4º, da Lei 9.788/99, que permite a convocação de juízes federais em auxílio ao Tribunal Regional Federal, "*nos termos de resolução a ser editada pelo Conselho de Justiça Federal.*"

para atuar em auxílio a Ministros do STJ (STF – ARE 899.162 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 9.12.2016). Contudo, em hipótese de julgamento de caso penal envolvendo competência originária dos Tribunais, o entendimento foi diverso: "1. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser perfeitamente possível a convocação de juízes de primeiro grau para substituírem desembargadores nos Tribunais, quando, em conformidade com a legislação de regência, não há qualquer ofensa à Constituição Federal. 2. O caso em apreço não se amolda à hipótese acima, tendo em vista tratar-se de ação penal originária, porquanto, em última análise, refere-se às prerrogativas dos membros do Ministério Público que, por expressa previsão constitucional (art. 96, inciso III), possuem foro privilegiado por prerrogativa de função. 3. Prevendo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Estadual, vigente à época do julgamento do paciente, de que era necessária a presença de pelo menos dois terços de seus membros na sessão de julgamento, viola o princípio do juiz natural quando o referido quorum é completado com juízes de primeiro grau convocados." (STJ - HC 88.739, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. Conv. TJ/CE), DJe 30.8.2010). Recentemente, em julgamento envolvendo autoridade com prerrogativa no TRF-2, o entendimento do STJ foi diverso, compreendendo-se, por maioria de votos (vencido o Min. Sebastião Reis Junior), que "não há violação ao princípio do juiz natural, em razão da condução da investigação pré-processual, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por colegiado composto majoritariamente por juízes convocados." (STJ - HC 278.115, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe 28.4.2015)

⁴⁷⁸ BADARÓ, G. Juiz ... op. cit., p. 207: "(...) no caso da substituição, por eleição, como não há critério prévio que determine a substituição, com a indicação de um juiz certo – o resultado da eleição não é o critério –, não haverá *predeterminação*, mas *pós-determinação* do juiz." No direito espanhol, em crítica análoga, cf.: LADRÓN DE GUEVARA, J. B. Concepto ... op. cit., p. 85-86.

O CJF, por seu turno, ao regulamentar o quanto disposto no art. 4º, da Lei 9.788/99, editou a Resolução 51/2009, que na regra do art. 1º, *caput*, previu que as convocações em substituição poderão ocorrer “*em caráter excepcional e quando a necessidade de serviço e o interesse social o exigirem.*”

A ausência de objetividade no critério de convocação – sequer são previstas, ainda que exemplificativamente, para permitir interpretação analógica, as hipóteses excepcionais aptas a autorizar a convocação do substituto – permite manipulações do juiz natural mediante substituições amparadas em regra porosa, aberta e cujos critérios não são conhecidos de forma clara e *ex ante*⁴⁷⁹.

Porém, em que pesem as apontadas mitigações ao princípio do juiz natural no aspecto do "juiz-pessoa", é possível identificar recente alteração legislativa no caminho de preservação da lógica segundo a qual a competência não se refere exclusivamente ao órgão, mas afeta também o magistrado singularmente considerado.

Trata-se do art. 399, § 2º, do CPP, que a partir da redação conferida pela Lei 11.719/08, passou a incorporar no ordenamento processual a identidade física do juiz, ao prever que “*o juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença*”⁴⁸⁰.

Antes, o Anteprojeto de CPP de José FREDERICO MARQUES buscou incorporar a identidade física, nos seguintes termos: “*o juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a causa, salvo se for transferido, licenciado, promovido, convocado ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na*

⁴⁷⁹ No contexto, criticável a posição genérica de PORTANOVA, no sentido de que “*não são afrontosas ao juiz natural as previsões legais sobre substituições de juizes, desaforamento e prorrogação de competência*” (PORTANOVA, R. **Princípios** ... op. cit., p. 67). Afinal, é possível que os critérios legais de substituição sejam demasiado amplos e indefinidos, hipóteses em que a lei será violadora do princípio do juiz natural, no que diz com o plano da taxatividade.

⁴⁸⁰ Oportuno destacar que a identidade física vinha positivada no art. 132, do CPC/73, contudo, no CPC/2015, o legislador ordinário não contemplou a garantia. Em que pese a supressão, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO entendem possível, “*com muito boa vontade*”, extrair a garantia da nova regra do art. 366, do CPC, muito embora admitam que a tendência do novo ordenamento parece ter sido no sentido de supressão da identidade física. Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015, p. 538.

audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.”⁴⁸¹

Sabendo-se que o processo penal é um mecanismo de produção de conhecimento, e que referido conhecimento sobre o caso penal aporta ao processo precipuamente através das provas, positivar a identidade física representa inegável avanço em termos de qualidade da prestação jurisdicional, tendo-se em consideração que o magistrado que presidiu a instrução – logo, que teve contato direto com as provas produzidas em audiência – é quem tem mais conhecimento para sentenciar o caso⁴⁸².

E ainda que não exista uma relação necessária entre juiz natural e identidade física, não se pode negar que esta garantia atua em reforço daquela. Afinal, se existe uma dimensão pessoal inerente ao juiz natural, é sintomático que a existência de uma regra que vincule o magistrado que presidiu a instrução à prolação da sentença privilegia não apenas a qualidade da prestação jurisdicional, mas igualmente preserva os critérios de fixação de competência, para além da dimensão orgânica⁴⁸³.

3.5. Juiz Natural na Execução da Pena Privativa de Liberdade: o Atual Estado-da-Arte

⁴⁸¹ Semelhante redação constou, ainda, do PL 635/75 (art. 73) e do PL 1.655/83 (art. 62, *caput*).

⁴⁸² MARCON, A. **O Princípio** .. op. cit., p. 102; PORTANOVA, R. **Princípios** ... op. cit., p. 241: "A presença do juiz é uma das maiores garantias de boa decisão. Presença, em seu sentido completo, e não apenas o contato displicente da autoridade com a peça em formação."

⁴⁸³ COUTINHO, J. N. M. **O Princípio** ... op. cit., p. 175; MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 106. Na jurisprudência: "**O princípio constitucional do juiz natural, consubstanciado na regra de identidade física do juiz do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP)**, comporta exceções que, na ausência de previsão específica no CPP, são aquelas previstas no art. 132 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época dos fatos." – g.n. – (STJ – **AgRg no AResp 787.921**, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 12.8.2016). Há precedentes que, em análise da regra do art. 132, do CPC/73, entendiam que a identidade física fixava critério funcional de fixação de competência, aproximando ainda mais a garantia da identidade física do princípio do juiz natural (v.g. STF – **Rext 102.561**, Rel. Min. Octavio Gallotti; STF – **Rext 93.283**, Rel. Min. Djaci Falcão; STF – **Rext 84.308**, Rel. Min. Moreira Alves). Em que pese a aproximação efetivada, o entendimento não parece acertado, na medida em que confunde critérios legais de fixação de competência – logo, de definição taxativa do órgão jurisdicional apto ao exercício da jurisdição no caso concreto – com um critério de vinculação do magistrado aos processos, de modo a se preservar a qualidade da prestação jurisdicional, bem como a inamovibilidade e a imparcialidade. No sentido da crítica: BADARÓ, G. **Juiz** ... op. cit., p. 215-216.

O movimento em torno da jurisdicionalização da execução penal potencializou a inserção formal de garantias de ordem material e processual em sede executiva, podendo-se falar modernamente na existência de uma tutela penal executiva⁴⁸⁴.

Como corolário desse fenômeno, viu-se que os contornos de diversos princípios processuais são discutidos no campo da execução penal, como é o caso do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, algumas garantias instrumentais ainda são completamente desconhecidas em sede executiva penal. É o caso do princípio do juiz natural, garantia de evidente ineficácia em sede executiva. Pode-se afirmar, sem medo de incorrer em erro, que do ponto de vista dogmático inexistente – ainda! – uma adequada teoria da competência aplicável ao processo de execução penal, o que permite um sem número de violações ao princípio da naturalidade do juízo em sede executiva⁴⁸⁵.

Sintoma do descaso dogmático com o *juiz natural executivo* é a posição prevalente na doutrina quanto ao critério de definição da competência. Segue-se afirmando, majoritariamente, que no processo de execução penal a competência é **funcional por fase do processo**⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Defendendo que a execução penal é uma fase processual e não um processo autônomo, cf.: MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 265-270. Sustentando a existência de um processo de execução penal autônomo, cf. GRINOVER, A. P. A Exigência de Jurisdicionalização da Execução na América Latina. In: _____. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 259 e ss.

⁴⁸⁵ Mesmo em países que, assim como o Brasil, pretenderam criar órgãos jurisdicionais especializados em sede de execução penal, há divergências quanto à competência, porém vinculadas, como regra, aos limites daquilo que pode ser decidido pelo juiz da execução (e não à fixação do órgão competente). Na Espanha, por exemplo, após a instituição do *juiz de vigilancia*, estabeleceram-se divergências quanto ao limite das competências do órgão da sentença e do órgão da execução (cf.: RUIZ VADILLO, Enrique. La Ejecución de las Penas Privativas de Libertad, bajo la Intervención Judicial. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 32, fasc. 1 (1979), p. 38). Outra discussão que se travou quando da instituição do *juiz de vigilancia*, residiu em saber se a competência executiva abarcava todos os estabelecimentos prisionais (v.g. prisões militares, centros hospitalares, custódias policiais) ou apenas as penitenciárias vinculadas à Direção Geral de Instituições Penitenciárias (cf.: ALONSO DE ESCAMILLA, A. **El Juez** ... op. cit., p. 160-161; ORTEGA LLORCA, Vicente. El Juez de Vigilancia. **Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca**. v. 1 (1982), p. 194).

⁴⁸⁶ MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 263-268; TOURINHO FILHO, F. C. **Processo** ... op. cit., v. 2, p. 289-290; LIMA, R. B. **Manual** ... op. cit., p. 17; DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência Penal Originária** (uma perspectiva jurisprudencial crítica). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293-294.

A posição ignora o fato de que a execução penal não é uma fase posterior ao processo de conhecimento. Trata-se, segundo a sistemática positivada na LEP, de processo autônomo, que se inicia, como regra geral, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e expedição da carta de guia (art. 105 e ss., da LEP)⁴⁸⁷. Na expressão de Antonio Scarance FERNANDES:

“evidenciar que a execução penal é jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução penal cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implicar aceitar que o condenado é titular de direitos.”⁴⁸⁸

Feita a advertência, é admissível analisar os critérios de fixação de competência do processo penal de conhecimento, no intuito de traçar um paralelo em relação ao processo de execução penal.

⁴⁸⁷ Entende-se que "a competência da Vara das Execuções Estadual só se inaugura com a expedição de guia de recolhimento pelo Juízo Federal competente (...)" (STJ - CC 113.690, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 2.4.2014). Em outros termos, afirma-se que "a expedição de guia de recolhimento do Juízo da condenação para Juízo de comarca diversa somente poderá ocorrer após envio de prévio mandado de prisão, uma vez que a competência do Juízo das Execuções de comarca diferente da do Juízo da condenação só se firmará após a devida determinação e concretização da prisão do réu. Antes disso, não há qualquer relação processual de âmbito executório do sentenciado com o Estado diverso do Estado da condenação. 2. Até a devida determinação e concretização de prisão do réu, não há jurisdição do Juízo de Execuções de Comarca diversa da comarca da condenação, por não haver iniciado qualquer relação processual de âmbito executório com o sentenciado em outro Estado." (STJ - CC 119.753, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. TJ/PE), DJe 15.5.2013). Necessário ainda recordar que a carta de guia, para que se possa dar início à execução penal, pode – e deve – ser expedida nos casos de prisões cautelares mantidas após a sentença condenatória recorrível, notadamente porque os presos cautelares possuem os mesmos direitos, deveres e garantias em relação aos presos definitivos, incluindo-se aqui eventuais benefícios, como a progressão de regime. A questão vem abordada na Súmula 716, do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Em que pese posição no sentido de que a competência para decidir acerca da progressão de regime do preso cautelar seja do juiz do processo de conhecimento, prevalece o entendimento segundo o qual a competência, nessas hipóteses é do juízo executivo, entendimento esse refletido no art. 8º, da Resolução 113, do CNJ: “Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.” Sobre o tema, cf.: LIMA, R. B. **Manual ...** op. cit., p. 387-388.

⁴⁸⁸ FERNANDES, A. S. Reflexos ... op. cit., p. 33. No mesmo sentido: BENETI, S. A. **Execução ...** op. cit., p. 48: “O processo de execução penal não é uma mera fase do processo penal de conhecimento, mas, ao contrário, é novo processo, que se constitui para a prática de execução do título executório.”. Mais adiante (p. 70-71), a concepção de que a competência executiva é definida segundo fases do processo é objeto de crítica específica: “Afasta-se, entretanto, a idéia de que Juízo da Execução seja determinado em função da competência funcional por fases do processo, pois na execução já não se terá o processo de conhecimento em nova fase, mas novo processo a iniciar-se com a determinação de competência própria do momento da instauração.”; PITOMBO, S. M. M. Execução ... op. cit., p. 259-260.

Sabe-se que, no processo de conhecimento, a definição do juiz competente segue uma conjugação de critérios, cuja aplicação sucessiva se presta a afastar os órgãos jurisdicionais sem competência para o exercício do poder jurisdicional, chegando-se, por exclusão, ao juiz natural do caso penal⁴⁸⁹.

Os critérios escalonados de concretização do juiz natural se apresentam, segundo FREDERICO MARQUES, como círculos concêntricos, fixando-se a competência a partir dos mais abrangentes (“*de maior raio*”) até a aplicação dos de menor abrangência (“*de menor raio*”)⁴⁹⁰.

Na doutrina, não há unanimidade terminológica quanto aos critérios de fixação do juiz natural e, muitas das vezes, sequer há convergência sobre a forma ou a ordem em que eles têm aplicabilidade⁴⁹¹.

A despeito disso, não há divergência doutrinária quanto ao primeiro passo para a concretização do juiz natural no processo penal. Trata-se, no escalonamento de critérios, de definir o foro por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Analisando-se esse

⁴⁸⁹ KARAM, M. L. **Competência** ... op. cit., p. 14.

⁴⁹⁰ MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 55.

⁴⁹¹ KARAM, M. L. **A Competência** ... op. cit., p. 14-15; MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 49-62; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 277-281. KARAM propõe que a fixação da competência seja promovida, em linhas gerais, identificando-se primeiramente os órgãos jurisdicionais isolados que exercem competência acima dos demais (STF e STJ). O passo seguinte, caso superado o primeiro, consiste em identificar a “competência de justiça” (ou órgãos jurisdicionais especiais), estabelecendo a competência da justiça especializada (militar ou eleitoral) e da justiça comum (federal ou estadual). Na sequência, deve-se identificar os órgãos superiores e inferiores (tribunais e juízos) de cada uma das justiças especializadas. Posteriormente, há critérios de distribuição territorial, entre os órgãos jurisdicionais de igual categoria das justiças especializada e comum (comarcas e seções judiciárias) e, por fim, a competência ainda é repartida entre os órgãos de igual categoria na mesma comarca (varas) ou seção (subseções). Por seu turno, FREDERICO MARQUES, após conjugar os critérios de CARNELUTTI e FENECH, entende que a fixação do juiz natural no processo penal deve partir da identificação constitucional de órgãos com competência penal, em detrimento dos órgãos jurisdicionais sem competência penal (v.g. justiça do trabalho). Promovida essa separação por matéria (*ratione materiae*), a delimitação subsequente se refere ao foro por prerrogativa de função (*ratione personae*), que define a competência originária dos Tribunais. O próximo critério de fixação de competência leva em consideração a existência das justiças especializadas (militar e eleitoral) e comuns (federal e estadual), baseada no critério *ratione materiae*. Definidas as competências funcional e material, passa-se à fixação da competência territorial, segundo as regras processuais que definem o foro e, sucessivamente, o juízo competente (*ratione loci*). Por fim, BADARÓ entende que a concretização da competência processual penal decorre das respostas a serem dadas às seguintes indagações: (a) a competência é dos órgãos de sobreposição (STF e STJ)?; (b) Qual a Justiça competente?; (c) Qual a competência originária?; (d) Qual o foro competente?; (e) Qual a vara competente? (f) Qual a competência interna? e; (g) Qual a competência recursal?. Para o momento, não importa adentrar nas especificidades do pensamento de cada autor, mas apenas demonstrar que existem distintas formas, na doutrina, de pensar o modo como se concretiza o juiz natural para o processo penal.

primeiro aspecto, cabe indagar sobre a existência, ou não, de uma “*competência executacional penal originária*”.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, há previsão expressa da competência executacional penal originária na regra do art. 102, I, *m*, da CR/88, segundo a qual compete ao STF “*a execução da sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais penais*”.

Como o dispositivo não estipula qualquer exceção, conclui-se que a execução penal, nas condenações decorrentes dos processos de competência penal originária do STF, está englobada na regra⁴⁹².

Não havendo dúvidas sobre a existência de uma competência executacional penal originária do STF, a principal questão que se coloca diz com a segunda parte do art. 102, I, *m*, da CR/88, ou seja, se a delegação de atribuições a que se refere o dispositivo legal significa que o Supremo pode abdicar de exercer seu poder jurisdicional no processo executivo originário (transferindo-o a outro órgão jurisdicional) ou se a delegação se refere exclusivamente ao cumprimento de decisões tomadas pelo STF.

A exegese do dispositivo deve levar em consideração o fato de que o exercício do Poder Jurisdicional é indeclinável (art. 5º, XXXV, da CR/88) – pois vedada como regra a autotutela – e, a partir da investidura, o juiz não pode deixar de exercer jurisdição nos casos de sua competência (*non linquet*), não podendo, de igual maneira, delegar a outrem o exercício do poder jurisdicional (indelegabilidade)⁴⁹³.

A indelegabilidade, porém, não é um critério absoluto, admitindo-se, na existência de previsão expressa em lei, a delegação a outro órgão jurisdicional, que pode ocorrer em hipóteses excepcionais. Há, portanto, respaldo

⁴⁹² DEMO, R. L. L. **Competência** ... op. cit., p. 294.

⁴⁹³ MARQUES, J. F. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 282; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10-11; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 176.

hermenêutico para se concluir que o art. 102, I, *m*, da CR/88, autoriza ao STF que delegue decisões a outro órgão jurisdicional – e não apenas que delegue o cumprimento de ordem judicial –, no bojo de processos executivos de sua competência originária⁴⁹⁴.

Resta determinar a extensão da delegação de poderes decisórios no processo de execução penal originária. Em outros termos: poderia o STF delegar integralmente a competência executiva a outro órgão jurisdicional? Ou a delegação se restringiria a alguns atos do processo executivo?

A resposta deve levar em consideração o fato de que a delegação não possui natureza jurídica compulsória, mas sim facultativa. Portanto, não há obrigatoriedade a que o STF delegue poderes decisórios a outro órgão jurisdicional. Por outro lado, a regra do art. 102, I, *m*, da CR/88, não contém limites à faculdade de delegação, o que conduz à conclusão de que a delegação pode ser parcial ou integral⁴⁹⁵.

Assim, a competência executiva penal do STF, quando não houver delegação (ou sendo a delegação parcial), abrange os acórdãos condenatórios dos

⁴⁹⁴ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários** ... op. cit., v. 4, t. III, p. 194; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 163-164. Em sentido diverso: SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 550: “A alínea inteira (alínea ‘m’ do inciso I do art. 102) prevê a competência do STF para a ‘execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais’. Nada mais coerente do que tal competência, que só poderia caber, mesmo, a ele. A delegação prevista não destoa da coerência, porque se refere tão só à prática de atos processuais, sem conteúdo decisório.”

⁴⁹⁵ Há, na jurisprudência do STF, hipóteses que ilustram tanto a delegação total como a delegação parcial de poderes decisórios no âmbito de processo de execução penal originária. Hipótese de delegação total ocorreu no julgamento da AP 396 (*Caso Natan Donadon*), quando após o não conhecimento do segundo embargos de declaração opostos, o STF reconheceu o trânsito em julgado do acórdão condenatório, tendo determinado a execução imediata da condenação, com “a expedição de guia de execução penal para ser cumprida pela Vara de Execução Penal da Circunscrição Judiciária de Brasília-DF, a quem foi delegada a execução penal.” (STF – AP 396-ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 30.9.2013). Já a delegação parcial de poderes decisórios se deu no julgamento da AP 470 (*Caso Mensalão*), quando, no julgamento da décima primeira questão de ordem, o STF certificou o trânsito em julgado do acórdão condenatório relativamente às penas contra as quais não foram opostos embargos infringentes, determinando o imediato cumprimento das penas privativas de liberdade, com o encaminhamento da carta de sentença “ao Juízo de Execuções Penais do Distrito Federal, ao qual fica delegada a competência para a prática dos atos executórios (inclusive emissão de guia de recolhimento), excluindo-se da delegação a apreciação de eventuais pedidos de reconhecimento de direito ao indulto, à anistia, à graça, ao livramento condicional ou questões referentes à mudança de regime de cumprimento de pena, por qualquer motivo, os quais deverão ser dirigidos diretamente a esta Corte, assim como outros pedidos de natureza excepcional, em que o juízo entenda conveniente ou necessário o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.” (STF – AP 470 QO-décima primeira, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.2.2014)

processos de conhecimento originários do próprio Supremo. E nesses casos, as regras do art. 341, do RISTF⁴⁹⁶, c.c. art. 2º, da Resolução 514/2013, do STF⁴⁹⁷, tornam prevento, para o processo executivo originário, o ministro relator do processo de conhecimento.

Ultrapassada a análise da competência do STF, o passo seguinte consiste em sistematizar a competência executiva originária dos Tribunais Superiores.

No âmbito da competência originária do Superior Tribunal Militar, prevê a regra do art. 124, parágrafo único, da CR/88, que “*A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar*”.

A competência do STM vem disciplinada na Lei Orgânica da Justiça Militar da União, cabendo-lhe, originariamente, processar e julgar “*os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei*” (art. 6º, I, a, da Lei 8.457/92)⁴⁹⁸.

Nessas hipóteses, a execução do acórdão condenatório é de competência do Presidente do Superior Tribunal Militar, por expressa disposição legal: “*Compete ao Presidente [do STM] (...) providenciar o cumprimento dos julgados*

⁴⁹⁶ “**Art. 341, RISTF** – Os atos de execução e de cumprimento das decisões e acórdãos transitados em julgado serão requisitados diretamente ao Ministro que funcionou como Relator do processo na fase de conhecimento (...)” Esse dispositivo foi modificado pela Emenda 41/2010, sendo que a redação anterior à modificação previa que a competência para a execução cabia ao Presidente do Tribunal. Sobre o tema, cf.: DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência Originária para a Execução Penal. **Revista Jurídica**. a. 54, n. 341 (mar./2006), p. 80-81. Na jurisprudência, segundo a regra antiga, o STF analisou originariamente pedido de saída temporária formulado por *Paulo César Cavalcante Farias*: **STF – Pet 986**, Rel. Celso de Mello, DJ 3.8.95. Posteriormente, em questão da ordem no mesmo caso, consignou-se expressamente ser “da competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal a prática de atos jurisdicionais de execução da pena privativa de liberdade, imposta pela Corte, no exercício de sua competência originária (Regimento Interno, art. 340, I, e Constituição Federal, art. 102, I, m).” (**STF – PET 986-QO**, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 3.3.99).

⁴⁹⁷ “**Art. 2º** – A Execução Penal tramitará de forma eletrônica e será distribuída ao Relator do processo.”

⁴⁹⁸ Sobre a constitucionalidade da previsão de competência originária em regra infraconstitucional, desde que exista autorização Constitucional expressa, cf.: “No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.” (**STF - ADI 2.797**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006). Essa orientação, além de legitimar a possibilidade de competências constitucionais implícitas, aplica-se não apenas à competência executiva originária do STM, mas também dos TRF's e TJ's, como adiante se verá.

do Tribunal e sua execução nos processos de competência originária.” (art. 9º, XIV, da Lei 8.457/92)⁴⁹⁹.

No âmbito da competência originária Tribunal Superior Eleitoral, prevê o art. 121, *caput*, da CR/88, que “*Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais*”. Enquanto o legislador não edita a lei complementar, segue-se aplicando o Código Eleitoral (Lei 4.737.65), na parte em que recepcionado pela Constituição.

Segundo a regra do art. 22, I, *d*, do Código Eleitoral, a competência penal originária do Tribunal Superior Eleitoral engloba o processo e julgamento dos “*crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais*”.

A regra colide com o texto constitucional, pois todas as autoridades com prerrogativa de função referidas no art. 22, I, *d*, do Código Eleitoral, ostentam prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *a*, da CR/88) ou no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *c*, da CR/88).

A antinomia aparente se resolve pela hierarquia, prevalecendo a CR/88 em detrimento do Código Eleitoral, de modo a se poder concluir que o TSE não possui competência penal originária para o processo e julgamento de nenhuma autoridade pública, nem mesmo na prática de crimes eleitorais, pois não recepcionada a regra do art. 22, I, *d*, do Código Eleitoral⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Há previsão idêntica na regra do art. 588, do CPP Militar: “**A execução da sentença compete ao auditor da Auditoria por onde correu o processo, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu presidente.**” – g.n. –

⁵⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 2. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186. No processo e julgamento de Governador, pela prática de crime eleitoral, sequer existe previsão expressa – seja no Código Eleitoral ou na Constituição – que possa atrair a competência originária do TSE. Ainda assim, há precedente antigo do STJ que conclui no sentido de que o TSE seria o órgão jurisdicional competente para processar e julgar Governador, pela prática de crime eleitoral (STJ – RP 19, Rel. Min. Assis Toledo, 16.10.1991). O STF, contudo, firmou posição posterior no sentido de que os Governadores são processados e julgados, originariamente, pela prática de crime eleitoral, no STJ (STF – CJ 6.971, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 30.10.991). A posição do STF passou então a ser encampada tanto no STJ como no TSE, de modo a não subsistir dúvidas, na atualidade, sobre o assunto (v.g. TSE – RP 11.642, Rel. Min. Pedro da Rocha Acioli, DJ 18.5.1992; TSE – RESPE 15.584, Rel. Min. Jacy Garcia vieira, DJ30.6.2000; STJ – RP 15, Rel. Min. Dias Trindade, DJ 16.3.1992; STJ – APn 274, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.12.2003). E mesmo nas hipóteses expressamente previstas na regra do art. 22, I, *d*, do Código Eleitoral, as autoridades com prerrogativa ali referidas serão

Não possuindo o TSE competência penal originária para o processo e julgamento de autoridades com prerrogativa de função, conclui-se que o Tribunal Superior Eleitoral não ostenta, igualmente, competência executiva penal originária.

Ainda no âmbito da prerrogativa de função, resta a análise da competência executiva originária do Superior Tribunal de Justiça.

Ao versar sobre a competência do STJ, a regra do art. 105, da CR/88 não incorpora, expressamente, qualquer competência executiva – como ocorre em relação ao STF (art. 102, I, *m*, da CR/88) –, o que poderia, em princípio, conduzir à conclusão de que o STJ não possui competência originária em sede de execução penal, dado que as regras que definem as competências constitucionais originárias demandam interpretação estrita⁵⁰¹. Não parece ser essa, porém, a melhor solução interpretativa na hipótese, ao menos por cinco razões.

Em primeiro lugar, pois um dos elementos ínsitos ao poder jurisdicional consiste na *executio*, pelo qual se postula "*a necessidade de instituir-se o juiz como órgão da execução, com poderes não só de interpretar a sentença, decidindo os conflitos entre o Estado e o condenado, como também superintendendo e fiscalizando todas as atividades executivas.*"⁵⁰²

Assim, suprimir do STJ o poder jurisdicional nos processos de execução penal de seus acórdãos, em caso de competência penal originária, representaria limitação indevida de um dos elementos inerentes ao exercício do poder judicante afeto ao Tribunal Superior⁵⁰³.

julgadas, mesmo na prática de crimes eleitorais, pelo STJ (v.g. Desembargador Eleitoral) ou pelo STF (v.g. Ministros do TSE). Nesse sentido, cf.: TSE – INQ 10.430, Rel. Min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, DJ 11.4.1990. Logo, conclui-se que o TSE não possui competência penal originária para o processo e julgamento de autoridades públicas, nem mesmo na prática de crimes eleitorais.

⁵⁰¹ KARAM, M. L. **Competência** ... op. cit., p. 32.

⁵⁰² MARQUES, J. F. **Da Competência** ... op. cit., p. 27-28.

⁵⁰³ Seria possível, inclusive, interpretar a regra do art. 105, I, *a*, da CR/88, reconhecendo expressamente nela a competência executiva do STJ, nos processos penais originários. É que o dispositivo é expresso ao dispor que compete ao Superior Tribunal de Justiça "*processar e julgar, originariamente*". Como a regra não faz distinção, a expressão "*processar*" engloba não apenas o processo de conhecimento, mas o processo de execução. Essa solução, além de ser compatível com o texto constitucional, reforça ainda mais a tese de que a execução penal deve ser pensada a partir da jurisdicionalização.

Em segundo lugar, como complemento ao argumento inicial, o caso é de reconhecimento de competência constitucional implícita, como decorrência da exegese do regime de repartições constitucionais de competência⁵⁰⁴. Cumpre destacar que as competências implícitas são sempre excepcionalíssimas, para que se não desnature a própria sistemática de divisão de poderes estabelecida no texto constitucional:

"A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autónomas de competência. **É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica).** Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais."⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ CANOTILHO, J. J. G. **Direito** ... op. cit., p. 547-548. Segundo CANOTILHO, a competência constitucional (escrita) implícita decorre do princípio da conformidade funcional. A questão também não é desconhecida da doutrina pátria, como se pode conferir em: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1026-1028. O reconhecimento de competências implícitas encontra ainda guarida em diversos julgados da Suprema Corte: **STF - DEN 103**, Rel. Min. Luiz Gallotti, julg. 5.9.1951; **STF - RCL 2.138**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 13.6.2007; **STF - INQ 687-QO**, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 9.11.2001 e **STF - ADI 2.797**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

⁵⁰⁵ CANOTILHO, J. J. G. **Direito** ... op. cit., p. 549. A excepcionalidade do reconhecimento de competências constitucionais implícitas é também destacada por André Ramos TAVARES: "A competência implícita é de caráter excepcional e deve ser amplamente justificada a partir de competência expressamente reconhecida pela Constituição, diante da realidade viva, de hipóteses concretas que exigem o reconhecimento de um *plus* em relação àquilo que foi reconhecidamente admitido pela Constituição, sob pena de desfalque ou irracionalidade do sistema expresso de competências." (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1182)

Na hipótese trabalhada, a excepcionalidade se faz presente, de modo a possibilitar a invocação de uma competência executiva implícita do STJ, nas hipóteses de seus processos penais originários (art. 105, I, *a*, da CR/88).

Isso porque o texto constitucional não atribui, de forma expressa, a competência executiva originária do STJ a nenhum outro órgão jurisdicional, cabendo o preenchimento da lacuna mediante técnica hermenêutica integrativa, de modo a se reconhecer, implicitamente, que a execução dos casos penais originários do STJ é dele próprio⁵⁰⁶.

Em terceiro lugar, seria ainda possível solucionar o caso através da aplicação do critério da simetria, bastante invocado pela jurisprudência nas hipóteses de foro por prerrogativa de função⁵⁰⁷. Nesse contexto, *“a adoção de um critério fundado na aplicação de regras simétricas pode ser identificada pela consideração da relevância da função pública protegida pela norma do foro privativo.”*⁵⁰⁸

Segundo esse critério, deve-se promover uma análise da sistemática da competência originária contida na CR/88, com a finalidade de identificar paralelos que permitam a extensão de uma determinada competência, quando a ampliação guardar simetria com regras constitucionais expressamente

⁵⁰⁶ DEMO, R. L. L. **Competência** ... op. cit., p. 294; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso** ... op. cit., p. 1027: "O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessária para colmatar lacunas constitucionais evidentes."

⁵⁰⁷ Normalmente, o critério da simetria é utilizado para se reconhecer a (i) legitimidade da extensão do foro por prerrogativa de função nas Constituições Estaduais, consoante autorização expressa do art. 125, § 1º, da CR/88. Assim, para saber se a prerrogativa fixada em Constituição Estadual é legítima, deve ela guardar simetria com as hipóteses de competência originária expressamente fixadas na CR/88 (v.g. **STJ - HC 35.411**, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 16.11.2004; **STJ - HC 40.388**, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 10.10.2005; **STJ - HC 45.604**, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 19.3.2007; **STJ - HC 57.340**, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 14.5.2007; **STJ - APN 460**, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 25.6.2007; **STJ - RCL 2.790**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 2.12.2009; **STJ - HC 86.177**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 28.6.2010; **STJ - CC 105.227**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25.3.2011; **STF - HC 103.803**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 6.10.2014, dentre outros). Nada obsta, porém, que se utilize o critério da simetria para realizar comparações simétricas internas, ou seja, comparando-se a Constituição da República com ela própria, com o objetivo de parametrizar e legitimar competências constitucionais. Isso ocorreu quando do reconhecimento de que, para efeitos de competência penal originária, as prerrogativas dos membros do Congresso Nacional (art. 27, § 1º, da CR/88) são extensíveis aos Deputados Estaduais, razão pela qual, na prática de crimes, os Deputados Estaduais ostentam prerrogativa de função na forma do art. 96, III, da CR/88 (cf.: **STF - 109.941**, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 4.4.2011).

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 209.

positivadas. A simetria, nessa hipótese, seria admissível a partir do art. 102, I, m, da CR/88, que prevê a competência executiva originária do STF. Em paralelismo com essa regra, poder-se-ia reconhecer a competência executiva do STJ, em limites análogos à competência executiva originária do STF.

Há ainda amparo infraconstitucional expresso a essa conclusão, como se pode verificar de simples leitura da regra do art. 668, parágrafo único, do CPP: *“Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente prover-lhe a execução.”*⁵⁰⁹

A competência executiva originária deriva ainda do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, cujas regras referem expressamente que, nas ações penais originárias, a execução da decisão condenatória definitiva compete ao ministro relator, admitindo-se a delegação (art. 15, II, c.c. arts. 302-A e 303, do RISTJ).

E por fim, há respaldo jurisprudencial a todos esses fundamentos. O STJ, em recente decisão nos embargos de declaração no recurso especial sob nº 1.484.415, reconheceu que, nas hipóteses de competência penal originária dos Tribunais, a execução do acórdão condenatório compete ao órgão jurisdicional da prerrogativa⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Há, na doutrina, quem entenda que os dispositivos do CPP, na parte em que versam sobre a execução, foram revogados pela LEP, que além de ser específica sobre a matéria, é cronologicamente mais recente e teria abarcado integralmente, nesse ponto, as previsões do CPP. É o caso de: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª ed., 2ª tir., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1031; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 928; TOURINHO FILHO, F. C. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 2. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 595. Todos esses autores, porém, fazem uma ressalva quanto ao Capítulo II, do Título IV, do Livro IV (Da Execução), do CPP, que versa especificamente sobre a reabilitação (arts. 743 a 750). Isso porque a matéria não foi tratada na LEP, não havendo revogação tácita nesse ponto. O mesmo raciocínio, porém, poderia ser utilizado para sustentar a inexistência de revogação tácita do art. 668, parágrafo único, do CPP, tendo-se em vista que a LEP não tratou de competência executiva penal originária em seus dispositivos. A análise individualizada sobre a revogação (ou não) dos dispositivos do CPP pela LEP é defendida na doutrina por: MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1781; BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed, rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 383-384.

⁵¹⁰ **STJ – Ed no REsp 1.484.415**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julg. 3.3.2016. Convém transcrever, desse julgamento, trechos do voto do relator que, baseando-se na doutrina, corrobora a competência executiva originária dos Tribunais, nos processos penais originários: “Sobre o tema, é apropriado o escólio de Espínola Filho, ao pontuar que a **“regra geral é a de que cabe ao juiz da ação a competência para a execução da sentença, nela proferida, afinal”**. Vale dizer, **o início da execução da reprimenda**

Em grande síntese, pode-se concluir que os órgãos jurisdicionais de sobreposição – Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores – possuem competência executiva originária, nos casos em que o processo penal de conhecimento tramita segundo as regras constitucionais e infraconstitucionais da prerrogativa de função. Nessas hipóteses, a competência executiva originária é do ministro que preside o tribunal ou do ministro relator, segundo as regras de repartição de competência aplicáveis a cada tribunal.

O passo seguinte consiste na análise da competência executiva dos tribunais de segundo grau – notadamente os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais –, nos processos penais originários.

Relativamente aos Tribunais Regionais Federais, a regra do art. 108, I, *a*, da CR/88, disciplina os cargos com prerrogativa de função e cujos crimes estão submetidos a processo e julgamento originário nos TRF's. A regra não contém previsão expressa sobre a execução penal originária. Ainda assim, todas as considerações sobre a competência executiva do STJ servem para fundamentar e justificar a existência de uma competência executiva originária dos TRF's⁵¹¹.

Mais do que isso, o próprio texto constitucional, na regra do art. 96, I, *a*, da CR/88, explicita que compete privativamente aos Tribunais “*elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre competência*”. Nesse contexto, os Regimentos Internos de todos os TRF's contém previsões expressas a respeito da competência executiva penal originária.

competete ao juiz "perante o qual correu a ação penal (...)" (Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavotenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 352-353). Essa também é a interpretação de Mirabete, ao enfatizar que "**competete aos tribunais superiores a execução quando se trata de competência originária da respectiva Corte**, ainda que o acórdão por esta proferido tenha sido reformado pelo Supremo Tribunal Federal (MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 11ª ed. rev. e at. por Renato Fabbrini São Paulo: Atlas, 2004, p. 299)" – g.n. –

⁵¹¹ DEMO, R. L. L. Competência ... op. cit., p. 81: “Embora o *Superior Tribunal de Justiça – STJ* tenha também competência originária na seara penal, *não há* idêntica previsão constitucional para a execução das penas nesta sede infligidas. **O mesmo se diga para os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça. O silêncio da Constituição em relação a esses tribunais não é eloquente, é dizer, não tem significância jurídica nem maiores implicações, seja por força da simetria**, bem assim pela regra do art. 668, parágrafo único, do CPP (...).” – g.n. –

Segundo previsão expressa do RITRF-1, a execução compete ao presidente, quanto às decisões do Plenário e da Corte Especial (art. 356, II), admitindo-se que os incidentes da execução possam ser levados a julgamento pela Corte Especial, Seção ou Turma, a depender do caso concreto (art. 359, *caput* e inc. I, II e III). Há previsões análogas no RITRF-2 (arts. 324, II e 327), RITRF-3 (arts. 348, II e 351), RITRF4 (arts. 278, II e 281) e RITRF5 (arts. 320 e 323).

O mesmo raciocínio se aplica aos Tribunais de Justiça, no que diz com a execução dos processos penais originários. Em relação aos TJ's, o texto constitucional fixa competência originária para o processo e julgamento das autoridades expressamente referidas nos arts. 29, X e 96, III, da CR/88 – e, por simetria, aos Deputados Estaduais –, ressalvada a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais Federais⁵¹². Admite-se ainda, por força da regra do art. 125, § 1º, da CR/88, que Constituição Estadual possa estabelecer, desde que observada a simetria, outros cargos com prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça.

Nesse contexto, os Regimentos Internos dos TJ's contém previsões expressas sobre competência executiva, relativamente aos processos penais originários. É o caso da regra do art. 84, *caput* e inc. II, g, do RITJ/PR, segundo o qual compete privativamente ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno, “*a execução do julgado em causas de sua competência originária, facultada a delegação de competência para a prática de atos processuais não decisórios.*”⁵¹³

⁵¹² A competência originária para processo e julgamentos dos Deputados Estaduais, nos respectivos TJ's, por simetria em relação a Deputados Federais é questão pacífica na jurisprudência (v.g. **STJ - HC 40.388**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10.10.2005). A repartição de competências conforme se cuide de crime eleitoral, federal ou estadual decorre da orientação sedimentada na Súmula 702, do STF: “A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

⁵¹³ Há previsões análogas em Regimentos Internos de outros Tribunais de Justiça, ainda que o critério específico de repartição interna da competência executiva possa variar. Nesse sentido: art. 31, XII, g, do RITJ/SC; art. 135, V, c.c. art. 593, *caput* e § 4º, do RITJ/MS; art. 15, I, h, do RITJ/MT; arts. 81, I, l, 391, *caput* e 393, do RITJ/PI; art. 29, XIII, c.c. art. 141, *caput*, do RITJ/PE; art. 43, III, do RITJ/DFT; art. 162, III e XXVI, do RITJ/BA; art. 15, VIII, do RITJ/RR; art. 100, VIII, do RITJ/RO; art. 84, XIX, do

Portanto, da mesma forma que se pode afirmar, pela análise do direito positivo, a existência de regras sobre a competência executiva penal originária dos órgãos de sobreposição (STF e Tribunais Superiores), a mesma conclusão se atinge pela análise da competência penal originária dos órgãos jurisdicionais de segundo grau (TJ's e TRF's).

Cabe, por fim, analisar a competência executiva dos juizes de primeiro grau. Antes disso, importante delimitar o campo de eficácia dos postulados processuais positivados na LEP.

Nos termos do art. 2º, *caput*, da LEP “*a jurisdição penal dos Juizes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal*”. Em complemento, prevê o art. 2º, parágrafo único, da LEP, que “*Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.*”

Em que pese referidas regras não versarem diretamente sobre a competência no processo de execução penal, estabelecem o regime jurídico dos presos recolhidos em estabelecimentos penitenciários "*ordinários*", vale dizer, submetidos à administração federal ou estadual⁵¹⁴.

Em interpretação do dispositivo, pode-se afirmar que a LEP se aplica aos presos recolhidos em estabelecimentos submetidos à "*jurisdição ordinária*" – vale dizer, justiça comum federal ou estadual –, ainda que condenados por órgãos jurisdicionais das justiças especializadas (eleitoral e/ou militar).

É importante reafirmar que o art. 2º, da LEP, não criou explicitamente qualquer critério de fixação de competência em matéria executiva penal. A

RITJ/AC; art. 7º, parágrafo único, III, c.c. art. 8º, IV, do RITJ/RJ. No âmbito da Justiça Militar Estadual, o texto constitucional prevê a possibilidade da criação de Tribunais de Justiça Militares, na forma da regra do art. 125, § 3º, da CR/88. Na atualidade, há Tribunais de Justiça Militar nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo. E todos possuem competência executiva originária, nos termos dos respectivos Regimentos Internos: art. 9º, XVII, do RITJM/RS; art. 13, VIII, c.c. art. 237, do RITJM/MG e art. 12, XVI, c.c. art. 204, do RITJM/SP.

⁵¹⁴ TUCCI, R. L. **Direitos** ... op. cit., p. 140.

regra contém duas previsões, que podem assim ser sintetizadas: (a) os juízes de primeiro grau com competência em matéria de execução penal, das justiças federal e estadual, devem aplicar as regras da LEP e, subsidiariamente, do CPP (art. 2º, *caput*) e; (b) aplica-se a LEP aos presos recolhidos em presídio federal ou estadual, mesmo em se tratando de presos provisórios ou condenados pelas justiças eleitoral ou militar (art. 2º, parágrafo único).

Em suma, a regra do art. 2º, da LEP, apenas e tão somente delimita os espaços nos quais as previsões materiais e processuais da LEP têm eficácia. E no ponto, o dispositivo afasta a aplicação da LEP a presos recolhidos em estabelecimentos sujeitos à administração militar, de modo que a estes se aplica regime jurídico executacional especial, diverso daquele instituído na Lei 7.210/84:

“A norma contida na Lei nº 7.210/84 somente deve ser aplicada ao condenado pela Justiça Militar quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, o que não ocorre *in casu*, pois o paciente encontra-se cumprindo pena em estabelecimento penal militar.” (STJ - RHC 13.865, Rel. Min. Félix Fischer, DJU 30.10.2000)⁵¹⁵

A repartição de regimes executacionais segundo a natureza jurídica do local em que se cumpre pena pode gerar infundáveis problemas de ordem prática, mormente no que se refere a eventuais benefícios contidos na LEP e não previstos na legislação especial, sem descurar da enorme insegurança jurídica em hipóteses de transferência de presos (v.g. de um presídio militar para um estadual) ou mesmo na quebra da imparcialidade, quando duas pessoas condenadas em um mesmo processo, às mesmas penas, cumprem a sanção em estabelecimentos diversos, um militar e outro não militar⁵¹⁶.

⁵¹⁵ No mesmo sentido: STJ - REsp 737.766, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.3.2006; STJ - RHC 4.010, Rel. Min. José Dantas, DJU 31.10.94; STJ - RHC 2.757, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU 30.8.93; STJ - RHC 2.254, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU 26.10.92; STF - HC 81.306, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 14.6.2002 e STF - HC 73.920, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 8.11.96.

⁵¹⁶ Há caso concreto que ilustra a quebra da segurança jurídica e da imparcialidade quando se admite regimes jurídicos executacionais distintos segundo a natureza do estabelecimento prisional em que se cumpre pena. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* de autos nº 39.237, foi instado a se manifestar a respeito de pedido de remição de preso que cumpria pena em estabelecimento militar. Na ocasião, entendeu-se que “as normas contidas na Lei nº 7.210/84 somente devem ser aplicadas ao condenado pela Justiça Militar quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição

A questão poderia ser resolvida mediante a técnica da inconstitucionalidade parcial do art. 2º, da LEP, por quebra do princípio da isonomia, dado inexistir fator legítimo que permita discriminar, do ponto de vista da natureza jurídica do estabelecimento – ou mesmo do órgão jurisdicional sentenciante –, o regime jurídico dos presos⁵¹⁷. Mas para além da discussão de envergadura constitucional, ao menos no que se refere às garantias materiais dos presos, a questão parece poder se resolver em nível infraconstitucional.

É que o art. 61, do CP Militar, dispõe que “*A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.*” – g.n. –

ordinária, o que não ocorre in casu, pois o paciente se encontra cumprindo pena em estabelecimento penal militar.” (STJ – HC 39.237, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 8.3.2005). Posteriormente, a questão foi levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que, no bojo do Habeas Corpus de autos nº 85.940, concluiu que o caso seria de reconhecimento da remição por aplicação da regra do art. 580, do CPP, tendo-se em vista que ao corréu (recolhido no mesmo estabelecimento em que se encontrava preso o paciente) havia sido concedido o benefício da remição da pena: “EXECUÇÃO PENAL. Remição. Dias remidos computados como pena cumprida. Benefício deferido a um dos co-réus. Denegação ao outro. Inadmissibilidade. Cumprimento da pena em estabelecimento militar. Irrelevância no caso. Idêntica situação jurídico-processual. Extensão do benefício. HC deferido para esse fim. Aplicação do art. 580 do CPP. Se foram computados a um dos co-réus condenados pelo mesmo fato, como pena cumprida, os dias remidos, não podem deixar de sê-lo ao outro que cumpra pena em estabelecimento militar. (STF – HC 85.940, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 18.8.2006). Muito embora o STF não tenha se manifestado sobre a aplicação (ou não) da LEP a presos recolhidos em estabelecimentos militares, o caso ilustra perfeitamente a dificuldade que se tem quando os regimes executivos são ditados pela natureza do presídio. Nesse caso específico, a situação é ainda mais absurda, pois a dois cidadãos recolhidos no mesmo estabelecimento militar foram dispensados regimes jurídicos distintos, tendo a questão sido resolvida no STF não com base em princípios constitucionais (notadamente a isonomia), mas através da regra infraconstitucional de extensão de benefícios processuais não fundados em questão de ordem subjetiva (art. 580, do CPP), relegando-se a segundo plano o que deveria ser a questão principal e ainda não enfrentada, ou seja, a constitucionalidade do art. 2º, da LEP.

⁵¹⁷ PINHEIRO, Marcos Fernando Theodoro. Execução Penal na Justiça Militar Estadual. In: RAMOS, Dirceu Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord). **Direito Militar**: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 590. Em alguma medida, a questão foi tratada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, por força do julgamento do Habeas Corpus de autos nº 104.174, quando reconheceu que os militares presos em estabelecimento castrense fazem jus à progressão de regime, ainda que a legislação militar não contenha previsão expressa do benefício: “É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.” (STF – HC 104.174, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.5.2011). Ainda assim, há posições refratárias à leitura constitucionalizada da legislação executiva castrense: “Na Legislação Castrense, as penas privativas de liberdade não são executadas em forma progressiva, porque no Código Penal Militar não existem os regimes fechado, semiaberto e aberto.” (CAVALCANTE, Luiz Alberto Moro. A Execução da Pena na Justiça Militar de São Paulo. In. GERALDI, Orlando Eduardo (Coord). **Coletânea de Estudos de Direito Militar**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012, p. 329).

Em complemento, o art. 62, do CP Militar prevê que “*O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.*” – g.n. –

Portanto, a despeito da distinção promovida pelo art. 2º, da LEP, os benefícios executivos dos presos, independentemente da natureza do estabelecimento carcerário, devem ser aqueles positivados na LEP, pois a própria legislação especial remete, relativamente às garantias materiais, à aplicação da legislação comum⁵¹⁸.

O mesmo raciocínio, contudo, não se aplica às garantias instrumentais. Isso porque não há, na legislação especial, qualquer previsão que remeta a aplicação das regras do processo de execução comum aos presos recolhidos em estabelecimento militar. Logo, as previsões instrumentais do processo de execução penal dos presos recolhidos em estabelecimento militar não observam as regras da LEP, mas sim da legislação especial.

Portanto, pela sistematização do direito positivo, pode-se extrair uma premissa geral: **as garantias instrumentais do processo de execução penal dependem da natureza jurídica do estabelecimento em que o preso se encontra recolhido.**

Tomando por base essa premissa, o critério geral de competência para o processo de execução penal de primeira instância, daqueles que se encontram recolhidos em estabelecimentos estaduais ou federais, está positivado na regra do art. 65, da LEP: “*a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de*

⁵¹⁸ PINHEIRO, M. F. T. A Execução ... op. cit., p. 597. Há solução diversa proposta na doutrina, no intuito de resolver essa problemática, porém exclusivamente em relação aos presos recolhidos em estabelecimento penitenciário submetido a administração militar estadual. No contexto, Fernando PEREIRA entende que, a despeito da previsão positivada na regra do art. 2º, parágrafo único, da LEP, que veda a aplicação da legislação executiva comum a presos recolhidos em estabelecimentos militares, a regra do art. 6º, do CPP Militar, por seu turno, excepciona a aplicação do próprio CPP Militar em relação à execução de sentença dos processos da Justiça Militar Estadual. Assim, constatada lacuna normativa, esta deveria ser suprida por aplicação subsidiária das regras da LEP, por força da regra do art. 3º, do CPP Militar. Nesse sentido, cf.: PEREIRA, Fernando. A Execução Penal na Justiça Militar de São Paulo: Questões Controversas – Apontamentos e Jurisprudência. In: GERALDI, O. E. **Coletânea** ... op. cit., p. 316. A posição encontra ressonância na jurisprudência, como se pode observar em: **STJ – HC 215.765**, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 17.11.2011.

organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”. A regra é similar ao quanto positivado no art. 668, *caput*, do CPP: “*A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente.*”

Há, na doutrina, quem entenda que essas regras estabelecem um critério territorial de fixação de competência⁵¹⁹. Não parece ser esse o caso. Em realidade, ambos os dispositivos versam sobre um critério subsidiário de fixação de competência, ou seja, na inexistência de juízo específico em matéria executiva, o juiz natural para o processo executivo será o da sentença⁵²⁰. E o juízo da sentença é o do processo de conhecimento, que tem sua competência fixada segundo uma conjugação de critérios, sendo o territorial apenas um deles⁵²¹.

Mais do que isso, o art. 65, da LEP é silente quanto ao critério prevalente de fixação de competência do juiz da execução penal, delegando-se às leis de organização judiciária a fixação, segundo critérios objetivos – mas não necessariamente vinculados ao territorial –, da competência prevalente em matéria executiva⁵²².

⁵¹⁹ LIMA, R. B. **Manual** ... op. cit., p. 386.

⁵²⁰ TUCCI, R. L. **Direitos** ... op. cit. p. 139. Mesmo quando a sentença for objeto de recurso, o juiz da execução segue sendo o que proferiu a sentença recorrida, conforme ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. v. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 10-11.

⁵²¹ Imagine-se, por exemplo, um crime de roubo praticado no interior de uma farmácia, consumado na cidade de Curitiba/PR. A competência, nesse caso, será definida de acordo com a aplicação de diversos critérios conjugados e não apenas segundo o critério territorial. Nesse exemplo, supondo-se não se tratar o caso de competência originária dos tribunais (critério funcional), seria necessário, inicialmente, definir a "justiça competente", especial ou comum (critério material). Não sendo o crime militar, eleitoral ou federal, trata-se de crime de competência da justiça comum estadual. Tratando-se de crime de competência da justiça comum estadual, necessário identificar o foro competente (critério territorial), que no exemplo hipotético será a comarca de Curitiba/PR, local de consumação do roubo (art. 70, *caput*, do CPP). Havendo mais de uma vara com competência criminal cumulativa e inexistindo varas especializadas para o processo e julgamento do crime de roubo, deve-se ainda definir a vara competente, o que se faz mediante distribuição (art. 75, *caput*, do CPP). Supondo-se que em Curitiba/PR não existisse vara especializada em matéria de execuções penais, o juiz competente para exercer jurisdição no processo de execução seria o da sentença que, como se demonstrou, não é apenas aquele determinado de acordo com o critério territorial, mas mediante a conjugação de diversas regras e critérios.

⁵²² Tome-se, por exemplo, a Comarca de Curitiba/PR, em que existem 3 (três) varas especializadas com competência em matéria de execução penal, sendo que as regras que delimitam as competências executivas das varas elegem como um dos critérios de distribuição de competência o fato de o preso ser do sexo masculino ou feminino (arts. 24 e 25, da Resolução 70/2012, do Órgão Especial do TJ/PR). Há, ainda distribuição de competência segundo o regime inicial de cumprimento de pena (v.g. art. 26, I, *a*, da

Contudo, muito embora inexista critério prevalente de fixação de competência executiva nas regras da LEP, tem-se promovido um cotejo entre os arts. 2º e 65, da Lei de Execuções, para se afirmar que, no processo de execução penal da pena privativa de liberdade, o critério material de fixação de competência está centrado na **natureza do estabelecimento penitenciário** em que cidadão se encontra recolhido⁵²³.

A partir desse critério, é possível analisar o atual estado-da-arte da competência de primeiro grau para o processo de execução penal.

Estando o preso recolhido em estabelecimento submetido à administração estadual, a competência material para o processo executivo será da justiça estadual de primeiro grau. E dentre os juízes estaduais igualmente competentes, a fixação da competência observará os critérios estabelecidos na Lei de Organização Judiciária Estadual ou, inexistindo previsão específica na lei local, competente será o juízo sentenciante ou, no caso de sentença condenatória do Tribunal do Júri, a competência será do juiz presidente (art. 65, da LEP e art. 668, *caput*, do CPP).

Importante recordar que esses critérios desconsideram o fato de a sentença condenatória ter sido proferida por juiz federal, eleitoral ou militar. Se o preso estiver recolhido em estabelecimento submetido à administração estadual, a competência para o processo executivo sempre será da justiça estadual,

Resolução 70/2012, do Órgão Especial do TJ/PR), ou seja, questões que nada dizem com critérios de ordem territorial. Não haveria, ademais, qualquer restrição a que a competência fosse distribuída, por exemplo, segundo a natureza do crime, o *quantum* de pena ou por outros critérios objetivos, sendo portanto incorreto afirmar que o art. 65, da LEP, define um critério territorial de fixação de competência.

⁵²³ DEMO, R. L. L. **Competência** ... op. cit., p. 295-296. No mesmo sentido, em adesão à precedente do STJ (CC 33.186, Rel. Min Vicente Leal, DJ 4.2.2002), cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Da Competência Para a Execução Penal dos Condenados que Cumprem Pena em Estabelecimento Federal**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13115-13116-1-PB.pdf>. Acesso em 20.4.2017. Esse também parece ser o critério geral de fixação de competência executiva na Espanha: “A competência pessoal do juiz de vigilância abarca a todos os internos dos centros [prisionais] submetidos à sua jurisdição.” (ALONSO DE ESCAMILLA, A. **El Juez** ... op. cit., p. 161) [Trad. de: “La competencia personal del Juez de Vigilancia abarca a todos los internos de los centros sometidos a su jurisdicción.”]

independentemente do órgão jurisdicional que proferiu a sentença condenatória⁵²⁴. A matéria foi objeto do enunciado da Súmula 192, do STJ:

"Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual."

A competência executiva material dos processos executivos relativos aos presos recolhidos em presídios federais segue a mesma *ratio* do art. 65, da LEP, incidindo com adaptações o enunciado da Súmula 192, do STJ⁵²⁵. Assim, estando o cidadão preso em presídio federal, competente para o processo de execução será "o juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso" (art. 2º, *caput*, da Lei 11.671/08)⁵²⁶.

Importante frisar que, seguindo a mesma lógica da fixação de competência dos presos recolhidos em estabelecimentos estaduais, a definição da competência executiva federal não leva em consideração o juízo que proferiu a sentença condenatória. Logo, se o preso estiver recolhido em estabelecimento federal, a competência para o processo executivo sempre será da justiça federal, independentemente do órgão jurisdicional sentenciante (v.g. justiça estadual, eleitoral ou militar).

⁵²⁴ CABRAL, R. L. F. **Da Competência** ... op. cit.: "a execução penal compete ao Juízo da Vara das Execuções Penais do local onde se situa o estabelecimento penitenciário em que o condenado cumpre pena, mesmo sendo esta imposta por Juízo de outro Estado."

⁵²⁵ MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 206; CABRAL, R. F. L. **Da Competência** ... op. cit. Conforme CABRAL, nas hipóteses em que o sentenciado é condenado pela justiça estadual e cumpre pena em presídio federal, a competência para o processo de execução será da justiça federal, por uma conjugação de fundamentos. Em primeiro lugar, pois a Súmula 192, do STJ, "*dá forte indicativo de que a competência depende de que ente da Federação estaria administrando o Estabelecimento Penal*". Em segundo lugar, o pacto federativo e a autonomia político-administrativa da União (arts. 1º e 18, da CR/88) conduzem à conclusão de que, em presídios da União, a competência deve ser exercida pela justiça federal. Conclui-se ponderando que "*haveria evidente violação ao pacto federativo atribuir-se à Justiça Estadual a competência para processar e julgar a Execução Penal de Penitenciária Federal*".

⁵²⁶ A fixação objetiva do juízo federal competente em relação a cada presídio federal tem sido definida mediante resoluções ou atos normativos administrativos do respectivo Tribunal Regional Federal em que está localizado territorialmente o presídio. E, como adiante será visto, a competência dos 4 (quatro) presídios federais está objetivamente delimitada por referidos atos normativos, de modo que o critério subsidiário de fixação de competência estabelecido no art. 65, da LEP ("*juiz que proferiu a sentença*"), relativamente a presos recolhidos em presídios federal, acaba por não ter eficácia em relação àqueles que se encontram recolhidos em estabelecimento prisional federal.

Cabe ainda analisar a competência dos processos de execução penal dos cidadãos presos em estabelecimentos submetidos à administração militar. Aqui, como referido, não se aplicam as regras processuais de competência positivadas da LEP, mas a legislação especial que rege a matéria.

Desde logo, cumpre destacar que, por força do citado art. 62, do CP Militar, os estabelecimentos submetidos à administração castrense não devem ser utilizados para recolher presos civis, nem mesmo na hipótese em que estes forem condenados pela justiça militar. Assim, os estabelecimentos castrenses têm por finalidade exclusiva a custódia de presos militares⁵²⁷.

Isso permite extrair uma primeira conclusão: a competência executiva na justiça militar de primeiro grau somente pode abranger processos de presos que ostentam a condição de militar (ainda que condenados pela justiça comum) e que cumprem pena em estabelecimento prisional militar⁵²⁸, tendo-se em vista que: **(a)** civis não cumprem pena em estabelecimento castrense e; **(b)** a competência execucional de processos de presos militares recolhidos em estabelecimento prisional “ordinário” (submetido à administração estadual ou federal) é regida pelas regras da LEP⁵²⁹.

⁵²⁷ Segundo a sistemática estabelecida pelo CP Militar, a pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos deverá ser cumprida, quando não cabível suspensão condicional, em recinto de estabelecimento militar (quartel), relativamente aos oficiais (art. 59, I) ou em estabelecimento penal militar, relativamente aos praças (art. 59, II e parágrafo único). As penas superiores a 2 (dois) anos serão cumpridas em penitenciária militar ou, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil (art. 61).

⁵²⁸ A essas condições gerais de limitação de competência executiva militar podem se agregar outras, notadamente no âmbito da Justiça Militar dos Estados. É o caso, por exemplo, do Presídio Militar Romão Gomes (PMRG), situado no Estado de São Paulo e criado por força da Lei Estadual 2.725/54 (art. 1º). As regras de administração e funcionamento desse presídio militar são definidas pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo (art. 6º, da Lei Estadual 2.939/54). No âmbito do exercício da atividade regulamentar, o art. 276, do Regimento Interno do TJM/SP dispõe que o PMRG se destina ao internamento de oficiais e praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Essas regras permitem concluir que militares das Forças Armadas e militares de outros Estados não podem ser recolhidos no PMRG, inferindo-se disso que os processos executivos dos recolhidos nesse presídio são exclusivamente de militares do Estado de São Paulo.

⁵²⁹ LIMA, R. B. *Manual ... op. cit.*, p. 385: “(...) a Justiça Militar também terá competência para funcionar como juízo da execução na hipótese em que o acusado tiver sido condenado pela Justiça Castrense e estiver cumprindo pena em estabelecimento a ela subordinado.” E como afirmado, a Justiça Militar possui competência execucional quando o militar cumpre pena em estabelecimento prisional militar, mesmo que condenado pela justiça comum (federal ou estadual). Sobre esse aspecto, cf.: CAVALCANTE, L. A. M. *A Execução ... op. cit.* p. 333.

Feita essa consideração, nas hipóteses de presos recolhidos em presídio submetido à administração castrense, a competência do processo executivo vem disciplinada no CPP Militar, o qual prevê que “*a execução da sentença compete ao auditor da Auditoria por onde ocorreu o processo, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu presidente*” (art. 588) e que “*Todos os incidentes da execução serão decididos pelo auditor, ou pelo presidente do Superior Tribunal Militar, se for o caso*” (art. 590)⁵³⁰.

Há ainda regra específica para a execução das sentenças proferidas pela Justiça Militar da União, em sentido análogo ao quanto positivado no CPP Militar, como se pode verificar de análise da Lei Orgânica da JMU: “*Compete ao Juiz-Auditor: (...) executar as sentenças, inclusive as proferidas em processo originário do Superior Tribunal Militar, na hipótese [de delegação] prevista no § 3º do art. 9º desta lei*” (art. 30, XI, da Lei 8.457/92).

Convém reforçar que a competência executiva da justiça militar está necessariamente atrelada ao fato de o cidadão estar preso em estabelecimento subordinado à administração castrense. Logo, se o militar está recluso em estabelecimento não subordinado à administração castrense, ou se perde a condição de militar (v.g. excluído da corporação), a competência do processo executivo será da justiça comum⁵³¹.

⁵³⁰ A regra do art. 6º, do CPP Militar, ressalva a aplicação das regras do próprio Código à execução da sentença nos processos da Justiça Militar Estadual, havendo doutrina defendendo a tese de que as regras de competência dos arts. 588 e 590, do CPP Militar, somente regulam a execução da sentença dos processos da Justiça Militar da União. Ainda que a conclusão possa se sustentar do ponto de vista interpretativo, seguir essa lógica implicaria admitir a revogação tácita dos arts. 588 e 590, do CPP Militar, pois se essas duas regras apenas tivessem aplicação à Justiça Militar da União, teriam sido abarcadas pelo conteúdo da regra do art. 30, XI, da Lei 8.457/92 (Lei Orgânica da Justiça Militar da União), que além de regra mais recente, é especial. De toda forma, para evitar discussões a respeito da aplicação das regras de competência dos arts. 588 e 590, do CPP Militar, à Justiça Militar Estadual, é comum que, nos Estados em que há justiça militar específica, exista regra positivada em legislação local que determina à justiça militar obediência ao CP Militar e ao CPP Militar. Pode-se colher como exemplo o art. 278, do Regimento Interno do TJM/SP, segundo o qual “*a execução penal no âmbito da Justiça Militar obedecerá ao disposto na legislação castrense e, no que couber, na Lei de Execução Penal.*” Sobre o tema, cf.: CAVALCANTE, L. A. M. A Execução ... op. cit. p. 332.

⁵³¹ LIMA, R. B. **Manual** ... op. cit., p. 384; CAVALCANTE, L. A. M. A Execução ... op. cit., p. 330-331; DEMO, R. L. L. **Competência** ... op. cit., p. 297-299. No mesmo sentido, a jurisprudência firmou posição no sentido de que compete à justiça comum o processo de execução penal de sentença proferida pela justiça militar quanto à prática de crime militar, se o condenado foi excluído da corporação (v.g. **STJ – CC 109.355**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30.5.2011; **STF – HC 72.785**, Rel. Min. Néri

Finalizando, é possível traçar um paralelo entre a competência executiva de primeira instância da justiça comum e da justiça militar, para o efeito de identificar, em essência, uma semelhança e uma diferença.

O ponto de convergência reside no fato de que a competência material para o exercício do poder jurisdicional no processo executivo toma por pressuposto o vínculo do cidadão encarcerado ao estabelecimento prisional. Em outros termos, a competência executiva: **(a)** em estabelecimento prisional estadual será exercida por juiz estadual; **(b)** em estabelecimento prisional federal será exercida por juiz federal e; **(c)** em estabelecimento prisional castrense será exercida por juiz militar⁵³².

Ademais, a transferência de presos, nas hipóteses de competência executiva de primeiro grau, é causa modificativa de competência. Assim, altera-se o juiz natural, por exemplo, quando o preso é transferido **(a)** de presídio militar para presídio estadual; **(b)** de presídio federal para estadual; **(c)** de presídio estadual para federal etc.

O aspecto divergente se refere à distribuição de competência entre os juízes igualmente competentes. Enquanto na justiça comum (federal ou estadual) o critério principal de distribuição será determinado em legislação local (estadual) ou ato normativo do respectivo TRF (federal) – e somente de forma subsidiária o juiz competente para a execução será o da sentença –, na justiça militar, a competência executiva é sempre do juiz auditor que exerceu jurisdição no processo de conhecimento, ou seja, do juízo sentenciante.

A partir da análise do direito positivo – e da forma como se interpreta a competência no processo de execução penal – é possível partir às reflexões críticas e propostas de efetivação da garantia do juiz natural executivo.

da Silveira, DJ 8.3.1996). A mesma solução se adota na Espanha, cf.: ORTEGA LLORCA, V. *El Juez ... op. cit.*, p. 194-195; ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El Juez ... op. cit.*, p. 161-162.

⁵³² LIMA, R. B. *Manual ... op. cit.*, p. 384.

3.6. As Múltiplas Violações

O pouco caso teórico com a definição de rígidos critérios legais de fixação da competência executiva – ou mesmo a interpretação dos dispositivos legais vigentes em desacordo com a dogmática sobre a competência – possibilita um sem número de violações ao princípio do juiz natural no processo de execução penal.

A análise de alguns casos concretos, ainda que de forma breve e não exaustiva, permite evidenciar que as violações à garantia do juiz natural no processo executivo ocorrem nos planos da fonte, temporal e ordem taxativa, havendo ainda situações em que a compreensão do juiz natural em sua dimensão individual é igualmente vilipendiada.

No que se refere à competência execucional originária, não há uniformização de critérios nos diversos tribunais, o que dificulta a fixação do juiz natural. Em determinados casos, as próprias regras vigentes são antagônicas – é o caso dos arts. 302-A e 303, do RISTJ e do art. 668, parágrafo único, do CPP –, em violação ao plano da ordem taxativa.

O plano da fonte é desprezado nas hipóteses de fixação da competência nos presídios federais, em que o juiz natural é definido mediante Resoluções dos Tribunais Regionais Federais e não através de lei em sentido estrito. Em algumas hipóteses, tem-se ainda violação ao plano temporal, pois as Resoluções alteram a competência execucional *ex post facto*.

Em relação aos mutirões carcerários – honrosa medida paliativa para buscar solucionar o problema endêmico da superpopulação carcerária –, além do plano da fonte, viola-se o plano da ordem taxativa. É que não há, no âmbito da instalação do paliativo, critérios objetivos que orientem a escolha dos juízes que irão exercer jurisdição no âmbito do mutirão.

A questão tem sido objeto de diversos conflitos de competência suscitados pelos juízes das varas de execução penal, ou mesmo de pura e simples revogação

do benefício concedido no mutirão pelo juiz natural da execução penal, sob o fundamento da violação da competência.

No campo da transferência de presos para presídios federais, viola-se o plano temporal, deslocando-se a competência da justiça estadual para a justiça federal – como regra através de critérios subjetivos vinculados à periculosidade do preso –, após a formação do processo de execução.

Ainda no que diz com os presídios federais, a par da violação ao plano temporal nos casos de transferência de presos, sequer há consenso a respeito de quem exerce jurisdição no processo executivo do preso incluído em estabelecimento penitenciário federal, o que desatende a ordem taxativa.

É que muito embora a regra do art. 4º, § 1º, da Lei 11.671/08, determine que “a execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente”, há precedentes que subtraem do juiz natural a possibilidade de analisar matérias de sua competência (v.g. art. 66, II, *b*, da LEP), afirmando-se peremptoriamente que “durante a vigência do período de cumprimento da pena em prisão de segurança máxima não pode haver progressão de regime prisional.”⁵³³

Mais do que isso, a ausência de uma teoria do juiz natural aplicável ao processo de execução penal gera a instauração de "*conflitos de competência*" para que sejam discutidas questões materiais, que nada dizem com a competência executiva.

Isso porque nas hipóteses de requerimento, pelo juízo de origem, de renovação do período de permanência do preso no estabelecimento federal, deve o juiz federal analisar a higidez dos motivos do requerimento formulado (art. 10, § 3º, da Lei 11.6671/08). Sendo aceita a renovação, o preso permanece no

⁵³³ **STJ - CC 122.373**, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26.6.2013. Precedentes majoritários, porém, são no sentido de que o juiz federal pode analisar questões sobre progressão de regime, porém "a concessão do benefício da progressão de regime ao apenado em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para esse sistema ou, ainda, à superação de eventual conflito de competência suscitado." (**STJ - AgRg no CC 131.887**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 3.4.2014). No mesmo sentido: **STJ - CC 122.503**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 18.9.2013 e **STJ - CC 125.871**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 7.6.2013.

presídio federal (art. 10, § 4º, da Lei 11.671/08). Sendo rejeitada a renovação, "*o juízo de origem poderá suscitar conflito de competência*" e "*enquanto não decidido o conflito de competência em caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal*" (art. 10, §§ 5º e 6º, da Lei 11.671/08).

Essa sistemática legal contém duas questões problemáticas, no que tange ao juiz natural.

Primeiramente, necessário recordar que as hipóteses de ingresso e permanência de presos em estabelecimento federal se vinculam ao interesse da ordem pública ou do preso (art. 3º, da Lei 11.671/08).

Trata-se, como parece primário, de fundamentos eminentemente fáticos – vinculados, portanto, ao mérito da permanência ou não do preso em estabelecimento federal –, que não se referem, em absoluto, à fixação de competência ou à definição do juiz natural. Logo, não se pode dizer que a divergência entre juízes, em relação a essas condições, gere tecnicamente um conflito de competência⁵³⁴.

Além disso, muito embora a regra do art. 4º, da Lei 11.61/08 afirme expressamente que, após incluído o preso em penitenciária federal, a competência para o processo de execução ficará “a cargo do juiz federal competente”, tem-se entendido que a decisão sobre a renovação do período de permanência do preso em presídio federal é do juiz estadual: “*permanecendo inalterados os fundamentos que justificaram a transferência de preso para o presídio federal de segurança máxima, não cabe ao Juízo federal questionar as razões do Juízo estadual, sendo a renovação da permanência do apenado*

⁵³⁴ "A divergência entre os juízes não constitui tecnicamente conflito de competência como conceitua a lei, pois na verdade há apenas discussão administrativa entre as autoridades judiciais com competência material própria, cabendo a este Superior Tribunal apenas avaliar as justificativas de cada parte (que a outra não pode questionar) e intermediar a solução mais adequada." (STJ - CC 118.834, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 1.12.2011)

*providência indeclinável, como medida excepcional e adequada para resguardar a ordem pública.”*⁵³⁵

A situação gera um paradoxo insuperável: se o juiz federal é o competente em relação aos processos dos presos recolhidos em penitenciária federal, é ele – juiz federal – quem deveria exercer jurisdição no processo executivo⁵³⁶. Porém, em relação à renovação da permanência do preso na penitenciária federal, a matéria é decidida por juiz estadual, estabelecendo-se um hibridismo, em que dois juízes são, simultaneamente, competentes em um mesmo processo executivo, a depender da matéria a ser decidida.

Ainda no que se refere à (in)certeza legal do órgão jurisdicional competente, há precedentes que permitem burla ao juiz natural executivo, admitindo-se que a competência seja fixada segundo o local de cumprimento do mandado de prisão⁵³⁷.

Ademais, a baixa densidade conferida ao princípio do juiz natural na execução penal gera óbices à análise de prisões ilegais, como no caso das medidas tomadas pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, questionando a ilegalidade do “*cumprimento de pena*” em delegacias.

Análise mais detida de algumas dessas situações permite evidenciar as múltiplas violações ao juiz natural da execução penal.

⁵³⁵ STJ – CC 139.286, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 1.2.2016; STJ – CC 143.634, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 7.3.2016. Ainda: “cabe ao juízo solicitante (na hipótese, o estadual) e não ao juízo solicitado (o federal) conhecer das questões atinentes ao mérito dos pedidos de renovação de permanência do preso em estabelecimento penal da União.” (STJ – HC 343.463, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 5.5.2016); STJ – CC 139.087, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 2.10.2015.

⁵³⁶ CRUZ, Flávio Antônio da. **Plano de Gestão das Corregedorias Judiciais das Penitenciárias Federais**. Justiça Federal: Corregedoria Geral da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, *s.d.*, p. 33-35.

⁵³⁷ “Sendo o mandado de prisão cautelar cumprido em unidade da federação diversa daquela em que o réu responde a processo, competente para a execução provisória da pena é o juízo das execuções do local onde encontra-se recluso.” (STJ – CC 95.404, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8.9.2008). Em sentido diverso, representando posição majoritária na jurisprudência: “O simples fato de o condenado estar preso em Comarca diversa daquela competente para a execução da sentença, em cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido por um terceiro Juízo, não constitui causa legal de deslocamento da competência originária para a execução da pena.” (STJ – CC 148.926, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 27.10.2016).

3.6.1. A Fixação da Competência Execucional nos Presídios Federais Mediante Resoluções dos Tribunais Regionais Federais

A criação de estabelecimentos carcerários submetidos à administração da União, comumente denominados de *presídios federais*, decorre de expressa previsão legal autorizativa, positivada na regra do art. 86, *caput* e § 1º, da LEP⁵³⁸, bem como no art. 3º, da Lei 8.072/90⁵³⁹.

Em que pese a previsão legal, o primeiro presídio federal foi criado mais de 20 (vinte) anos após a entrada em vigência da LEP, no ano de 2006, em Catanduvas/PR. Posteriormente, o Sistema Penitenciário Federal foi ampliado com a construção dos presídios federais de Campo Grande/MS (2006), Mossoró/RN (2009) e Porto Velho/RO (2009)⁵⁴⁰.

Com a criação dos presídios federais, surgiu a necessidade de regulamentação das balizas relativas à admissão, prazo de permanência e transferência de presos, dentre outras. Em um primeiro momento, essas questões foram objeto da Resolução 502/2006, editada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), com fundamento na regra do art. 104, parágrafo único, II, da CR/88. Posteriormente, essa Resolução foi revogada pela Resolução 557/2007, do Conselho da Justiça Federal⁵⁴¹.

Atualmente, o procedimento de inclusão, transferência e permanência de presos em penitenciárias federais de segurança máxima está disciplinado na Lei

⁵³⁸ "Art. 86 - As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. § 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado."

⁵³⁹ "Art. 3º - A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública."

⁵⁴⁰ Notas sobre o sistema penitenciário federal em: ARRUDA, Élcio. Prisões Federais. **Revista de Doutrina do TRF-4**. edição 36, 2010. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/elcio_arruda.html. Acesso em 20.5.2017. Segundo Flávio Antônio DA CRUZ, os estabelecimentos penitenciários federais brasileiros "foram inspirados, de algum modo, nas *supermax* existentes nos Estados Unidos da América." (CRUZ, F. A. **Plano** ... op. cit., p. 15).

⁵⁴¹ CRUZ, F. A. **Plano** ... op. cit., p. 15-16. Na jurisprudência, admitindo a constitucionalidade da Resolução 502/06, do CJF, cf.: **TRF-4 – HC 200704000056036**, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro. D.E. 25.4.2007.

11.671/2008 – em moldes similares às previsões contidas nas Resoluções 502 e 557, do CJF –, que foi regulamentada pelo Decreto 6.877/2009.

No que diz com o princípio do juiz natural, a regra do art. 2º, da Lei 11.671/08, estabeleceu a competência para a execução federal nos seguintes termos: "*A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.*"

A regra não prevê, de forma específica, qual será o juízo federal com competência executiva, admitindo apenas que seja o da seção ou subseção judiciária em que localizado o estabelecimento federal. Assim, a tarefa de repartição das competências executivas tem ocorrido mediante resoluções ou portarias administrativas dos Tribunais Regionais Federais.

Nesses termos, a competência executiva no presídio federal de Porto Velho/RO, é do "*juiz federal titular da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia ou, na sua ausência, ao seu substituto automático*" (art. 2º, *caput*, da Resolução Presi 23/2017, do TRF-1).

Na penitenciária federal de Mossoró/RN, o competente em matéria de execução penal é "*o juízo federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte*" (art. 1º, da Resolução 29/2009, do TRF-5). E ao invés de se criar regra objetiva de substituição, promoveu-se designação nominal de juiz federal em auxílio ao juízo competente (art. 2º)⁵⁴².

⁵⁴² "Art. 2º - Designar, temporariamente, o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Dr. Ivan Lira de Carvalho, para, sem prejuízo de sua jurisdição, exercer função de auxílio na 2ª Vara da referida Seção Judiciária, especificamente no que tange às atividades correccionais e de execução penal relativas à Penitenciária Federal de Mossoró/RN, tendo em vista que o Juiz Federal titular da 2ª Vara encontra-se afastado de suas atribuições judicantes, para exercer as funções de Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça." Como sequer se previu prazo determinado da designação, posteriormente, através da Resolução 12/2011, do TRF-5, revogou-se o referido art. 2º, da Resolução 29/2009.

Na penitenciária federal de Campo Grande/MS, a competência executiva está disciplinada na regra do art. 296, do Provimento CORE nº 64/2005⁵⁴³.

Por seu turno, a competência executiva relativamente à penitenciária de Catanduvas/PR foi inicialmente regulamentada através da Resolução 67/2006, do TRF-4. A competência para a execução restou fixada nos juizes com competência criminal da subseção judiciária de Curitiba/PR, mediante distribuição igualitária de processos executivos (art. 1º), prevendo-se ainda que *"as decisões em matéria jurisdicional serão tomadas individualmente pelo juiz competente, por distribuição, para o processo de execução, aplicando-se, quando necessário, as regras já existentes de substituição"* (art. 6º).

Ademais, *"os pedidos de admissão e prorrogação do período de permanência na Penitenciária Federal de Catanduvas, bem como a transferência dos apenados, serão analisados conjuntamente pelos juizes com a atribuição jurisdicional [executiva]"* (art. 7º)⁵⁴⁴.

⁵⁴³ **Art. 296** - O conhecimento, processamento e julgamento das execuções penais, na forma da Lei nº 7.210/84 e demais disposições aplicáveis, cabem à primeira vara de cada subseção judiciária com competência criminal, à exceção da Subseção Judiciária de Campo Grande/MS, que é da 5ª Vara Federal. § 1º Compete exclusivamente ao Juiz da execução a matéria tratada no artigo 66 da Lei nº 7.210/84, no que couber dentro do âmbito da Justiça Federal. § 2º A atividade do Juiz Corregedor estará restrita às atribuições administrativas da Corregedoria da Custódia, tais como: permanência, transferência, remoção de presos, além de outras da mesma natureza; cabendo ao Juiz da instrução a apreciação de pedidos relativos a benefícios ao apenado, tais como: liberdade provisória, prisão domiciliar, liberdade vigiada, etc." Sobre a competência do Juiz Corregedor, cf.: "Após a inclusão do paciente no presídio federal, o Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande passou a ser o competente para analisar a execução da pena, nos termos do artigo 4º, § 2º da Lei nº 11.671/2008." (TRF-3 - REENEC 7.972, Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita, Julg. 22.10.2013).

⁵⁴⁴ Posteriormente, com a Resolução 18/2007, do TRF-4, disciplinou-se a competência executiva penal federal, nos crimes praticados por organização criminosa, nos seguintes termos: (a) da 2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre (art. 3º, I, b); (b) da Vara Federal Criminal de Florianópolis (art. 3º, II, a) e; (c) da 1ª Vara Criminal Federal de Curitiba (art. 3º, III, a), ressaltando-se expressamente que *"na subseção Judiciária de Curitiba, a todos os juizes da competência criminal incumbe a atribuição jurisdicional de execução penal junto à penitenciária Federal de Catanduvas/PR"* (art. 3º, parágrafo único). É necessário sistematizar as regras, para que se não atinja conclusão equivocada. A competência, em primeiro grau, para o processo de execução penal da pena privativa de liberdade é fixada segundo a natureza do presídio (art. 65, da LEP). Na Região Judiciária Sul (art. 2º, da Lei 5.010/66) somente há o presídio federal de Catanduvas, que está situado na Seção Judiciária do Paraná. E pela regra do art. 2º, da Lei 11.671/08, a atividade jurisdicional da execução penal será exercido pelo juiz da seção ou subseção judiciária em que localizado o estabelecimento prisional. Logo, não seria possível o exercício de competência executiva penal federal, de pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado, por juizes das seções judiciárias do Rio Grande do Sul ou de Santa Catarina, pois nessas seções não há presídio federal. Então, conclui-se que

Posteriormente, essa regra foi alterada pela Resolução 8/2013, do TRF-4, passando a contar com a seguinte redação: "*Todas as decisões sobre pedidos de admissão e prorrogação do período de permanência na Penitenciária Federal de Catanduvas, bem como os de progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena e de transferência dos apenados, serão tomadas por colegiado, formado por 3 juízes da competência criminal da Subseção Judiciária de Curitiba: o juiz relator (presidente) e outros 2, sorteados dentre os demais da competência.*"

Mais recentemente, com a especialização da 23ª Vara Federal de Curitiba para o processo e julgamento de matéria criminal, determinou-se a redistribuição de processos de execução a essa Vara Criminal, que também passou a ostentar competência executiva penal (art. 1º, da Resolução 3/2016, do TRF-4).

Estabelecido esse cenário, as questões que se colocam quanto à garantia do juiz natural dizem respeito, essencialmente, ao plano da fonte e ao plano temporal. Necessário recordar que, no processo penal – seja ele de conhecimento ou de execução – a competência deve ser estabelecida através de lei em sentido estrito. Mais do que isso, uma vez fixado o juiz natural, regras novas modificativas de competência devem ter aplicação exclusivamente a fatos novos à sua vigência.

No caso da competência executiva federal, muito embora exista previsão legal no sentido de que o juízo federal competente será o da seção ou subseção judiciária em que se localiza o estabelecimento prisional, isso é insuficiente para uma definição concreta e objetiva do órgão jurisdicional competente. Tanto isso é verdade que coube aos Tribunais Regionais Federais a definição, através de atos normativos internos, de quem seria, concretamente, o juiz natural do processo de execução. A questão reside então em avaliar a constitucionalidade desses atos normativos internos, para o escopo de fixar ou alterar a competência.

as competências executivas disciplinadas na regra do art. 3º, da Resolução 18/2007, não se referem à pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Sem descurar para a menor legitimidade democrática das escolhas políticas de órgãos competentes mediante atos normativos internos dos tribunais⁵⁴⁵, fato é que a repartição de competências executivas penais, através de ato normativo *interna corporis*, não encontra guarida constitucional, ainda que se queira conceber a questão como “simples” matéria de organização judiciária.

Se pensada a questão sob a ótica do juiz natural, o que parece mais acertado, o texto constitucional permite aos tribunais que disciplinem sua competência interna (art. 96, I, *a*), bem como proponham ao Legislativo a criação de novas varas (art. 96, I, *d*) ou a alteração da organização judiciária em primeiro grau (art. 96, II, *d*). Porém, não há qualquer previsão ou autorizativo constitucional a que os Tribunais, por iniciativa própria, alterem diretamente a competência dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, seja para ampliar, reduzir ou modificar competências⁵⁴⁶.

Ademais, a regra do art. 110, *caput*, da CR/88, prevê que "*Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.*" Cumpre invocar, no ponto, as regras dos arts. 5º, § 1º e 15, da Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79)⁵⁴⁷, que disciplinam o texto constitucional e, de forma

⁵⁴⁵ BADARÓ, G. H.; BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205-206.

⁵⁴⁶ MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 129-130; BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. **Lavagem** ... op. cit., p. 207-210. Há hipóteses em que os Tribunais podem integrar as regras constitucionais ou infraconstitucionais de competência dos juízes de primeiro grau. É o caso, por exemplo, da regra do art. 3º, da Lei 9.788/99, que ao dispor sobre a reestruturação da justiça federal em primeiro grau, dispôs que "Cabe a cada Tribunal Regional Federal, no âmbito de sua Região, mediante ato próprio, estabelecer a competência e jurisdição das Varas ora criadas (...)". Situação análoga se deu com o art. 2º, da Lei 12.011/11, que ao criar 230 varas federais, dispôs que " Cabe aos Tribunais Regionais Federais, mediante ato próprio, estabelecer a competência das Varas e Juizados Especiais Federais criados por esta Lei (...)". Veja-se que o mesmo não ocorreu em relação à Lei 11.671/098, que em momento algum autorizou os Tribunais a estabelecerem a competência executiva dos juízes federais. Em que pese a questão parecer um singelo preciosismo, fato é que se inexistente autorização legal para que os TRF's exerçam esse poder regulamentar em matéria de competência para a execução penal, editar atos normativos internos sobre a matéria implica em inconstitucionalidade e violação ao juiz natural.

⁵⁴⁷ "**Art. 5º** - Os Juízes Federais serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos, sempre que possível, em lista tríplice, organizada pelo Tribunal Federal de Recursos, dentre os candidatos com idade superior a vinte e cinco anos, de reconhecida idoneidade moral, aprovados em concurso público de provas e títulos, além da satisfação de outros requisitos especificados em lei. § 1º - Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constitui uma Seção Judiciária, que tem por sede a respectiva Capital, e Varas localizadas segundo o estabelecido em lei" e "**Art. 15** - Os órgãos do Poder Judiciário da União (art. 1º, incisos I a VI) têm a organização e a competência definidas na Constituição, na lei e, quanto aos

expressa, consagram o plano da fonte ao disporem que a competência decorre da Constituição e das leis.

E mesmo que a matéria fosse concebida como questão de organização judiciária, ainda assim haveria inconstitucionalidade na fixação dos órgãos jurisdicionais executivos mediante ato normativo interno do TRF, pois a regra do art. 22, XVII, da CR/88, prevê a competência privativa da União para legislar sobre organização judiciária.

Mas não é só. No caso específico das Resoluções do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, violou-se de forma aberta o plano temporal. É que, a partir do momento em que a 23ª Vara Federal passou a ter competência executiva, determinou-se a redistribuição de processos de execução em trâmite perante outros juízes federais competentes, alterando-se competência previamente fixada⁵⁴⁸.

E na análise da Resolução que fixou a competência executiva relativamente ao presídio federal de Mossoró/RN, violou-se o aspecto individual inerente ao juiz natural, pois a determinação do substituto em matéria de competência executiva se deu de forma nominal. Ou seja, ao invés de se estipular um critério objetivo de substituição do juiz competente, em hipótese de necessidade de substituição, o TRF-5 nomeou um juiz federal específico como substituto, *pessoalizando* o juiz natural.

Há, nesse caso, escolha discricionária de juiz, o que se não coaduna com a garantia do juiz natural que, além de exigir definição do juiz natural em lei estrita, impõe que os critérios legais sejam impessoais.

Tribunais, ainda, no respectivo Regimento Interno". A respeito das regras, cf.: MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 129-130.

⁵⁴⁸ MARCON, A. **O Princípio** ... op. cit., p. 131. Com adaptações, a crítica de Jacinto COUTINHO é pertinente: "Não é estranho, assim, que se criem comarcas e elas já "nasçam" superlotadas (...)" (COUTINHO, J. N. M. **O Princípio** ... op. cit., p. 175). A matéria ainda não está integralmente solucionada pelos tribunais superiores, mas é possível destacar precedentes que, em sentido análogo, cancelam a violação ao princípio do juiz natural: "Competência - Júri - Nova Circunscrição (...) Desdobrada a área geográfica de um certo Tribunal do Júri, criando-se um outro, para este devem ser remetidos os processos em curso, pouco importando a fase em que se encontrem, no que envolvam acusados domiciliados na área resultante do desmembramento (...)" (STF - HC 71.810, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 25.11.1994)

Em resumo, as resoluções dos TRF's que versam sobre a competência executiva dos juizes federais contêm diversos vícios de forma, sendo incompatíveis com a garantia constitucional do juiz natural.

3.6.2. A Modificação de Competência pela Transferência de Presos

Segundo posição prevalente na doutrina e jurisprudência, a competência executiva dos juizes de primeira instância é determinada pela natureza jurídica do estabelecimento prisional em que se encontra o cidadão encarcerado. Ou seja, estando o cidadão preso em estabelecimento prisional estadual, a competência executiva será de juiz estadual, independentemente do órgão sentenciante. A mesma lógica se aplica aos processos de execução de presos em presídios federais ou militares.

Seguindo essa lógica, a transferência de presos, de um estabelecimento prisional a outro, pode implicar em modificação de competência⁵⁴⁹. Tome-se alguns exemplos:

- 1) Militar está cumprindo pena em estabelecimento submetido à administração militar e, após perder sua condição de servidor público em processo administrativo, é transferido para presídio estadual;
- 2) Cidadão preso em presídio estadual é admitido em presídio federal, nos termos do art. 3º e ss., da Lei 11.671/08;
- 3) Cidadão preso em presídio federal não tem o pedido de permanência no presídio renovado, retornando para cumprir pena em presídio estadual;
- 4) Condenado admitido em presídio federal é transferido para outro presídio federal;

⁵⁴⁹ CASTILHO, E. W. V. **Controle** ... op. cit., p. 111. Na jurisprudência, admitindo que a transferência de presos possui natureza jurídica de causa de modificação de competência: “Se a execução penal é transferida para outra Unidade da Federação, consectário lógico da remoção operada, a teor do art. 86 da Lei nº 7.210/84, o Juiz competente para esse fim é o indicado pela Lei de Organização Judiciária, ou seja, aquele da Unidade da Federação onde se executará a pena. Está-se diante não de uma simples delegação de competência de um Estado para outro, mas de verdadeira modificação de competência.” (STJ – CC 90.702, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13.5.2009)

5) Condenado cumprindo pena em presídio estadual no Paraná é transferido para presídio estadual de São Paulo

No primeiro exemplo, o processo de execução penal, inicialmente tramitando perante juiz militar, será remetido a juiz estadual. Na segunda hipótese, a competência executacional passa da justiça estadual para a justiça federal. No terceiro caso, aplica-se a regra do art. 10, § 2º, da Lei 11.671/08, e o juiz federal declina da competência em prol de juiz estadual. Na quarta hipótese, muda-se o juiz federal competente. E no último caso, modifica-se o juiz estadual competente.

Em todos os exemplos apresentados, altera-se a competência anteriormente fixada, violando-se o juiz natural. De plano, destaca-se que as causas modificativas de competência, por si sós, não violam, necessariamente, a garantia do juiz natural. Ocorre que a legitimidade dessas hipóteses está vinculada à sua excepcionalidade e taxatividade legal.

Isso porque o juiz natural está umbilicalmente atrelado à ideia segundo a qual, uma vez fixada a competência, não mais se deve alterá-la. É o que se depreende do plano temporal, segundo o qual as regras modificativas de competência somente se aplicam a fatos posteriores à sua entrada em vigência.

No caso da transferência de presos, a modificação de competência não decorre de alteração legislativa, mas de uma alteração factual: **a realocação do preso em outro estabelecimento penitenciário.**

A justificativa comumente utilizada para legitimar a alteração de competência, nesses casos, reside em uma suposta necessidade de uniformização das decisões jurisdicionais em um mesmo estabelecimento prisional, para garantir a harmonia interna ao cárcere e, conseqüentemente, a segurança dos que ali se encontram⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ TUCCI, R. L.; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35; CASTILHO, E. W. **Controle** ... op. cit. p. 110-111; FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90.

Mas ainda que a alteração de competência tenha decorrido de questão fática e não de alteração legislativa, a lógica de efetividade constitucional da garantia do juiz natural deve remanescer. Assim, a modificação de competência deve encontrar amparo expresso em lei e, além disso, as regras positivadas devem conter critérios que apontem as situações taxativas e excepcionais que permitam a alteração do juiz natural.

Nesse aspecto, o exemplo do incidente de deslocamento de competência (art. 109, § 5º, da CR/88), pode servir como parâmetro de analogia. É que tanto no IDC como na transferência de presos, a modificação de competência se dá mediante questões factuais e não em face de alteração legislativa.

Segundo a regra do art. 109, § 5º, da CR/88, "*Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.*"

Tem-se hipótese de modificação de competência, em que a federalização dos casos pode ocorrer quando verificada "*grave violação de direitos humanos*". Aqui o exemplo é emblemático, pois mesmo havendo regra expressa admitindo o deslocamento – ou seja, a alteração de competência –, a porosidade e a anemia significativa das hipóteses que admitem o cabimento do IDC vulneram a garantia do juiz natural, pois a elasticidade interpretativa que se pode conferir ao art. 109, § 5º, da CR/88, permite a federalização de casos baseada na discricionariedade e não em critérios objetivos⁵⁵¹.

4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 471-472; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 407.

⁵⁵¹ LOPES JUNIOR, A. **Direito** ... op. cit., p. 468; BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 303-304. A questão inclusive tem sido objeto de enorme preocupação na jurisprudência do STJ, órgão constitucionalmente competente para julgar os incidentes de deslocamento de competência. Em mais de uma oportunidade, o STJ consignou a excepcionalidade da federalização de casos, com supedâneo no art. 109, § 5º, da CR/88, e inclusive incorporou outros requisitos não expressos em lei para a admissão do IDC. Nesse contexto, consignou-se que "*o incidente de deslocamento de competência não pode ter o caráter de prima ratio, de primeira providência a ser tomada em relação a um fato (por mais grave que*

No caso da transferência de presos, a situação é ainda pior.

A primeira questão a se colocar reside no critério de legitimação da transferência de presos como causa modificativa de competência. Como afirmado, justifica-se a alteração do juiz natural em prol da uniformização das decisões judiciais em um mesmo ambiente prisional, com vistas a garantir a segurança no estabelecimento. O argumento é frágil por diversas razões.

Em primeiro lugar, essa uniformização não existe em relação à justiça militar, em que o processo de execução é, como regra, de competência do juiz-auditor. Nesses casos, poderá haver diversos presos condenados por juízos distintos, cumprindo pena no mesmo estabelecimento⁵⁵².

Essa ausência de uniformidade das decisões pode existir, igualmente, no presídio federal de Catanduvas/PR, em que a competência executiva é distribuída entre os juízes das 1ª, 2ª, 3ª e 23ª Varas Federais Criminais de Curitiba/PR, que são apontados como competentes para os processos de execução penal daqueles que se encontram reclusos na penitenciária federal paranaense.

Ademais, se a uniformização de decisões fosse um critério efetivo no sentido de garantir segurança e estabilidade ao presídio, não faria sentido recolher, em um mesmo estabelecimento prisional, pessoas condenadas por juízes distintos. Aliás, talvez seja no processo de conhecimento que as maiores

seja). Deve ser utilizado em situações excepcionalíssimas, em que efetivamente demonstrada a sua necessidade e a sua imprescindibilidade, ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal" (STJ - IDC 5, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 1.9.2014). Situação similar, de porosidade no cabimento de causa modificativa de competência, ocorre em relação aos crimes de competência do tribunal do júri, em que o desaforamento pode ser cabível "se o interesse da ordem pública o reclamar" (art. 427, caput, do CPP). A partir do momento em que se não sabe ao exato o que significa "interesse da ordem pública", as mais variadas hipóteses podem possibilitar a incidência da causa modificativa de competência, muitas delas violadoras do juiz natural.

⁵⁵² O mesmo pode ocorrer em caso de condenação originária a pena privativa de liberdade pelo STF. Nesse caso, o condenado estará em presídio juntamente com diversos outros presos, porém enquanto o seu processo de execução tramitará perante ministro do STF, os demais condenados que estão cumprindo pena terão o seu processo de execução tramitando perante um juiz de primeiro grau.

discrepâncias decisórias são observadas e, ainda assim, os diversos presos, condenados em situações análogas a penas absurdamente díspares, dividem a mesma cela, sem que isso seja apontado como fator potencial de insegurança.

Mas ainda que nenhum dos argumentos acima seja suficiente, bastaria, como mecanismo de uniformização das decisões nos processos de execução penal, criar órgãos especializados em matéria executiva no âmbito dos tribunais de segundo grau (TJ's e TRF's), o que, ao menos em tese, reduziria eventuais divergências graves oriundas das decisões em sede de execução penal proferidas por juízes distintos⁵⁵³.

A propósito, importa destacar que a transferência de presos é medida salutar e muitas das vezes necessária, mormente no interesse do cidadão encarcerado⁵⁵⁴. Portanto, não se está a defender a abolição do instituto da transferência. O que se não defende é que a transferência seja indiscriminada, realizada à margem de qualquer critério legal, sem controle pelo Poder Judiciário e, mais, que implique modificação de competência⁵⁵⁵.

Admitir que a transferência altere competência significa permitir que se possa escolher, discricionária e subjetivamente, um juiz mais interessante para o processo de execução penal. Dois exemplos ilustram o que se afirma.

- 1) Diretor de um estabelecimento penitenciário tem inimizade com um preso que está recolhido em presídio sob sua administração e, sabendo que o juiz vinculado àquele presídio possui orientação mais liberal em relação à concessão de benefícios executivos, determina a remoção desse preso para outro estabelecimento prisional, vinculado a juiz mais rigoroso;
- 2) Preso contrata advogado com forte influência nos administradores das penitenciárias, conseguindo (administrativamente) transferência para

⁵⁵³ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 411.

⁵⁵⁴ A própria sistemática da LEP favorece que o cumprimento da pena seja próximo a família, como se depreende de diversos dos seus dispositivos (v.g. arts. 103 e 122, I, da LEP).

⁵⁵⁵ A ausência de critérios objetivos para a determinação das transferências pode ser ilustrada pela Resolução 4/84, do CNPCP, que disciplina o procedimento dos pedidos de transferência de presos condenados, entre unidades federadas. O requerimento de transferência poderá ser feito pelo condenado, endereçando o pedido ao Conselho Nacional de Política Penitenciária (art. 2º), e será analisado a partir da compatibilidade com "a natureza e as finalidades da pena" (art. 1º) e da "conveniência e oportunidade de ajustar-se o condenado ao seu ambiente de origem, ou residência familiar." (art. 6º).

presídio vinculado a juiz mais leniente na concessão de benesses executórias.

Os exemplos comprovam com nitidez que, da forma como pensada a transferência de presos em nosso sistema, não é necessário muito esforço para manipular o juiz natural do processo de execução penal, em franca violação da CR/88.

E para além das violações ao juiz natural, a modificação de competência pela transferência de presos pode violar outras garantias individuais, a exemplo da duração razoável do processo, vulnerada quando a transferência tem o potencial de retardar a análise jurisdicional na concessão de um determinado benefício executório⁵⁵⁶.

No atual estágio de desenvolvimento tecnológico, com a facilidade do fluxo de informações processuais, parece não haver razões de ordem prática para que a transferência de presos continue a existir, porém que não tenha o condão de funcionar como causa modificativa de competência. Nesse contexto, como adverte Maria Thereza Uille GOMES, a utilização de tecnologia da informação e a gestão integrada contribuem, em diversas esferas, para uma maior efetividade dos direitos em sede executiva⁵⁵⁷.

Poder-se-ia, assim, ter um juiz competente para todo o processo executivo, ainda que alguns atos jurisdicionais fossem realizados mediante cooperação jurisdicional.

A propósito, há situações análogas à transferência de presos em que não se opera a modificação de competência, determinando-se apenas a deprecação de

⁵⁵⁶ BADARÓ, G. H. **Juiz** ... op. cit., p. 409-410. Muitas das vezes, a alteração de competência reflete negativamente em outras garantias, como é o caso da duração razoável do processo: "No meu estado, o Paraná, há posições tão distintas entre os juízos de execução que há situações nas quais o preso está a 300 quilômetros de distância de outra unidade prisional, sob a jurisdição de outra vara de execução penal, e eventual transferência altera a sua data prevista para progressão em muito tempo, por conta desse ponto, causando grande instabilidade no sistema penitenciário." (GIAMBERARDINO, A. R. Poder Judiciário ... op. cit., p. 73).

⁵⁵⁷ GOMES, M. T. U. Eficiência ... op. cit., p. 375-376: "[a] criação de mecanismos de gestão integrada e tecnologia da informação (...) permitiriam importante avanço no acesso à informação e aos dados relacionados ao sistema penitenciário."

alguns atos judiciais. Isso ocorre, por exemplo, nas condenações a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, em que o juiz competente para a execução é o da condenação, ainda que a fiscalização das medidas possa vir a ser deprecada para o juízo do local de residência do condenado⁵⁵⁸.

Situação similar se verifica nos casos em que o condenado cumpre pena em regime fechado, progride ao regime semiaberto e altera seu endereço de residência, para local diverso daquele em que a pena estava sendo cumprida. Nesses casos, tem-se mantido a competência executacional do juiz que inicialmente exercia jurisdição no processo de execução, sob o fundamento de que “a competência para a execução da pena não se confunde com a fiscalização do seu cumprimento que, em algumas situações, é deprecada em razão da transferência do reeducando ao local de seu domicílio ou do domicílio de sua família”⁵⁵⁹.

Mas ainda que se pretenda manter a transferência de presos como hipótese modificativa de competência – o que se não defende –, o sistema deve ser repensado.

No âmbito dos Estados, sequer há regra que delimite, de forma concreta, objetiva, excepcional e específica, as hipóteses em que a transferência de presos, com a conseqüente modificação de competência, é cabível⁵⁶⁰. Mais do que isso, é comum que a transferência de presos ocorra sem qualquer controle ou intervenção judicial – em eterno retorno à *hands off doctrine* –, de modo que as

⁵⁵⁸ "(...) a competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência." (STJ - CC 113.112, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 17.11.2011). No mesmo sentido: STJ - CC 122.751, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 31.10.2012; STJ - CC 117.384, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 28.5.2013; STJ - CC 137.899, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Conv. TJ/PE), DJe 27.3.2015; STJ - CC 140.754, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22.6.2015.

⁵⁵⁹ STJ - CC 148.441, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 17.8.2017.

⁵⁶⁰ No Estado do Paraná, a transferência de presos é realizada na forma da Resolução 70/2012, parcialmente revogada pela Resolução 97/2013, ambas do Órgão Especial do TJ/PR. A regra do art. 18, *caput*, da Resolução 70/2012, prevê que a transferência de presos será regulada pela Resolução Conjunta 3/2012, editada pela Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná. Aduz ainda que "na transferência do sentenciado para unidade do sistema de execução, o juízo que estiver executando a pena remeterá o processo de execução à vara de execuções penais da área de jurisdição da unidade na qual foi o réu implantado" (art. 18, § 3º, da Resolução 70/2012), reafirmando a lógica de que a transferência altera a competência executacional.

realocações de presos decorrem, não raro, de ato administrativo penitenciário, alterando-se a competência à revelia do Poder Judiciário⁵⁶¹.

E mesmo em relação aos presídios federais, as regras a respeito da inclusão e transferência de presos nas penitenciárias federais são imprecisas, possibilitando manipulações do juiz competente.

As hipóteses de inclusão vinham inicialmente regulamentadas no art. 2º, da Resolução 502/06, do CJF, enfatizando-se a *alta periculosidade* do recluso como critério determinante da transferência de presídio estadual para presídio federal⁵⁶².

A par da porosidade da adoção de critérios como *periculosidade* para a inclusão de presos em penitenciária federal, fato é que a modificação de competência, nesses casos, vinha atrelada essencialmente a questões de ordem material, concebidas a partir da lógica das funções da pena, notadamente à prevenção especial negativa⁵⁶³.

A lógica da neutralização restou atenuada a partir do art. 3º, da Lei 11.671/08⁵⁶⁴, que passou a admitir a inclusão dos presos em penitenciária federal não mais a partir da periculosidade do preso, mas no interesse da segurança

⁵⁶¹ Não são poucos os precedentes reconhecendo que “(...) a transferência de unidade prisional (...) [é] ato discricionário da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP (...)” (TJ/SP – AgExec 0207087-72.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Solimene, J. 13.3.2014) e que “a transferência e a manutenção de presos em penitenciárias são medidas que dependem de ato administrativo discricionário estadual e-ou municipal, não cabendo ao Poder Judiciário determiná-las, sob pena de afronta ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes.” (TJ/MG – AC 10049120009045002, DJ 7.2.2014). No Estado de São Paulo, a Resolução 52/2003, da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), é ainda mais explícita ao suprimir da apreciação jurisdicional questões afetas à transferências e remoções de presos. A regra do art. 1º prevê que “A distribuição no sistema penitenciário dos presos condenados, provenientes dos Centros de Detenção Provisória, cadeias públicas e distritos policiais será de competência do Gabinete do Secretário (...)”. Em complemento, os arts. 2º e 3º, dispõem, respectivamente, que “As remoções de presos, em caráter emergencial, poderão ser feitas entre os diretores de unidades prisionais da mesma ou de duas Coordenadorias Regionais (...)” e que “As remoções de presos, para aproximação familiar, serão providenciadas pelos diretores das unidades envolvidas (...)”.

⁵⁶² "Art. 2º - Nos estabelecimento penais federais de segurança máxima serão admitidos presos, condenados ou provisórios, de *alta periculosidade*, observados os rigores do regime fechado, quando a medida seja justificada no interesse deles próprios ou em virtude de risco para a ordem ou incolumidade públicas." O mesmo critério foi reiterado, posteriormente, na regra do art. 2º, da Resolução 557/07, da CJF.

⁵⁶³ CRUZ, F. A. **Plano** ... op. cit., p. 21.

⁵⁶⁴ "Art. 3º Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório."

pública. Trata-se de "*cláusula ampla e ambígua*", ainda que "*em determinados contextos ninguém olvidará da presença de um relevante interesse de ordem pública [a determinar a inclusão e transferência de presos]. Basta imaginar a emissão de ordens de atentados, emitidas a partir de um presídio estadual. Sem dúvida que, em tais situações, o traslado deverá ser promovido*"⁵⁶⁵.

Na tentativa de reduzir a amplitude das hipóteses passíveis de transferência e inclusão de presos em presídios federais⁵⁶⁶, a regra do art. 3º, do Decreto 6.877/09, explicitou circunstâncias necessárias à inclusão em presídio federal:

"**Art. 3º** – Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características: **I** – ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa; **II** – ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem; **III** – estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD; **IV** – ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; **V** – ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou **VI** – estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem."

Ainda assim, não se reduziu por completo a subjetividade na modificação de competência pela inclusão e transferência de presos aos presídios federais, havendo até mesmo a necessidade de se afirmar, em recente julgado do STJ, que motivo genérico como “a falência do sistema carcerário estadual não justifica a inclusão/permanência do apenado no presídio federal de segurança máxima”⁵⁶⁷.

Nesse contexto, os *Workshops* sobre o Sistema Penitenciário Federal têm servido como instrumento de interpretação, balizamento e redução da discricionariedade na transferência de presos para estabelecimento federal. A

⁵⁶⁵ CRUZ, F. A. **Plano** ... op. cit., p. 21.

⁵⁶⁶ CRUZ, F. A. **Plano** ... op. cit., p. 21-22: "Outras circunstâncias são mais dúbias. Pense-se, por exemplo, na transferência de alguém para um presídio federal ao argumento de que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena bastante elevada, pela prática de vários delitos em concurso. Nesses casos, poder-se-á questionar se a medida seria adequada (...) ou seja, se bastaria a gravidade do crime ou a extensão da pena para justificar aludida transferência."

⁵⁶⁷ **STJ - CC 140.473**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2015.

interpretação de diversos dispositivos da LEP, da Lei 11.671/08 e do Decreto 6.877/09, realizada nesses eventos, tem sido vertida na forma de enunciados, que muito embora não possuam qualquer efeito vinculante, podem servir como futuras propostas de *lege ferenda*.

No caso das transferências de presos, de forma a evitar a banalização do instituto, o enunciado 19, aprovado no II *Workshop*, prevê que "*uma rebelião, por si só, não autoriza a transferência de todos os detentos envolvidos que não possuam perfil para o Presídio Federal.*" No mesmo evento, aprovou-se o enunciado 16, segundo o qual, "*o mesmo fundamento invocado para inclusão pelo juízo de origem, rejeitado por um juiz federal, responsável por Presídio Federal, não pode ser renovado perante outro juiz federal, responsável por outro Presídio Federal.*" E em tema de competência, o enunciado 17 pontua que "*o pedido de inclusão torna prevento para novos pedidos o juízo federal que o apreciou primeiramente.*"⁵⁶⁸

Em suma, caso se admita que a transferência de presos deva servir como causa modificativa de competência – o que não é necessário e aqui se não defende, dado ser possível transferir o preso sem que se altere o juiz natural –, deve-se ao menos repensar com seriedade o instituto, seja para o efeito de ensejar uma maior participação do Poder Judiciário na decisão sobre as transferências, seja para fins de especificar, em lei estrita, taxativa e objetiva, as hipóteses que ensejam a transferência, evitando-se alterações subjetivas e discricionárias de juiz competente.

3.6.3. Os Mutirões Carcerários

Outra violação ao princípio do juiz natural em sede de execução penal decorre da criação dos denominados "*mutirões carcerários*", mecanismo – cheio de boas intenções, é bom que se diga – engendrado pelo Conselho Nacional de

⁵⁶⁸ BRASIL. II *Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal*: enunciados. Conselho da Justiça Federal, Corregedoria Geral da Justiça Federal e Departamento Penitenciário Federal. Brasília: CJF, 2011, p. 13.

Justiça (CNJ) desde o ano de 2008, com o objetivo, dentre outros, de servir de paliativo à insuportável e endêmica superlotação carcerária brasileira⁵⁶⁹.

Nos termos da Lei 12.106/09, os mutirões carcerários devem ser planejados, organizados e coordenados, no âmbito de cada Tribunal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (art. 1º, § 1º, II), órgão vinculado ao CNJ.

O regramento específico do funcionamento dos mutirões vinha inicialmente disciplinado na Resolução 89/09, do CNJ, posteriormente revogada pela Resolução Conjunta 01/09, do CNJ e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Em linhas gerais, os mutirões carcerários devem ser implantados pelo Judiciário e Ministério Público com competência e atribuições em matéria penal, infracional e de execução penal, devendo ser realizados com periodicidade mínima anual e tendo por objetivo “*a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.*” (art. 1º, *caput*, da Resolução Conjunta 01/09).

⁵⁶⁹ Segundo dados contidos no sítio do CNJ, os mutirões carcerários realizados desde o ano de 2008 em todos os Estados brasileiros, analisaram aproximadamente 400.000 (quatrocentos mil) processos, com a concessão de 80.000 (oitenta mil) benefícios executivos e **cerca de 45.000 (quarenta e cinco mil) concessões de liberdade a presos que haviam cumprido integralmente a pena fixada em sentença, ou seja, que estavam presos há mais tempo do que o determinado pela justiça.** Cf.: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em 7.4.2017. O cerne da questão pontual dos mutirões, como coloca Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, reside em problema mais geral, vinculado à ideologia da repressão e no punitivismo desmedido: “quanto mais aumentam as penas em extensão e quantidade, maior é a inviabilidade do sistema carcerário e, assim, cresce o sério problema dos administradores (começando pelas sucessivas equipes do Ministério da Justiça), ou seja, de que se não tem lugar para todos os presos. **A consequência é simples: mitiga-se a execução da pena**, começando-se por medidas tendentes a acelerar a ampliação da evolução da progressão do regime de cumprimento dela. (...) Claudica, não obstante, a pena em si e todo o discurso que a ela buscava dar alguma sustentação. **É, portanto, como se fosse uma compensação: de um lado aumentam-se as penas sem medida e proporção (no fundo, sem a devida razão) e, de outro, sem-se que mitigar a execução quando ela coloca na prática, como realidade. Trata-se de um jogo sem fim e quem tem produzido uma névoa sobre aquilo que, em verdade, deve importar (...).**” (COUTINHO, J. N. M. Punitivismo ... op. cit., p. 9-10). O texto está disponível igualmente no *sítio* do empório do direito: <http://emporiოდodireito.com.br/punitivismo-desmedido-e-ideologico-a-posicao-de-jorg-stippel-por-jacinto-coutinho/>. Acesso em 9.4.2017. Sobre os resultados positivos dos mutirões no Estado do Paraná, cf.: GOMES, M. T. U. Eficiência ... op. cit., p. 376.

A fim de desempenhar a contento essas finalidades com maior eficácia, admite-se a realização de ações integradas, envolvendo não apenas Judiciário e Ministério Público, mas igualmente a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos de segurança pública e administração penitenciária, bem como setores da sociedade civil (art. 1º, § 1º, da Resolução Conjunta 01/09).

No que diz especificamente com questões afetas ao princípio do juiz natural, a regra do art. 1º, § 2º, da Resolução Conjunta 01/09 prevê o seguinte:

“Para auxiliar o trabalho de revisão, os Tribunais e Procuradorias poderão criar grupos de trabalho compostos por juízes e membros do Ministério Público, que terão competência e atribuição em todo o Estado ou região, e por servidores em número compatível com a quantidade de processos” – g.n. –

Em termos práticos, a regra autoriza que, no contexto dos mutirões carcerários, sejam nomeados magistrados, através de critérios desconhecidos, para exercer jurisdição em processos penais executivos previamente selecionados e incluídos para a análise durante a realização do mutirão.

A previsão contém violações múltiplas ao princípio do juiz natural.

Em primeiro lugar, a hipótese é de violação do plano da fonte. Afinal, sabe-se que competência somente pode ser fixada através de lei em sentido estrito, o que não é o caso de Resolução Conjunta do CNJ e do CNMP⁵⁷⁰.

Em segundo lugar, viola-se o plano da ordem taxativa. Afinal, ainda que se pudesse cogitar da validade da Resolução para os fins acima propostos, não

⁵⁷⁰ ABREU, Nylson Paim de. Princípio do Juiz Natural. **Revista de Doutrina TRF-4**. v. 2, a. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/nylson_paim.htm. Acesso em 10.4.2017: **"Conquanto seja louvável, essa iniciativa deve respeitar o princípio do juiz natural, mediante autorização legislativa específica.** Assim como os Tribunais somente podem ser criados por lei, **a convocação de magistrados de primeiro grau para prestar-lhes auxílio, nos chamados mutirões, também deverá observar o mesmo procedimento, isto é, por meio de lei.** (Art. 96, II, da CF). (...) Conseqüentemente, não podem os Tribunais, por meio de simples resoluções administrativas, sem autorização legislativa, mesmo quando aprovadas pelo seu órgão máximo, convocar magistrados de primeiro grau para atuar em mutirões de julgamentos de processos de sua competência, pena malferimento do princípio do juiz natural, expressamente consagrado na Constituição da República (Art. 5º, LIII)."

são estabelecidos quaisquer critérios normativos expressos para a determinação de quais magistrados comporão os grupos de trabalho, de modo que essa composição se dará por alguma forma de escolha desvinculada de critérios legais, logo, de maneira subjetiva e mediante critérios discricionários.

Em terceiro lugar, os grupos de trabalho criados no âmbito dos mutirões carcerários, nos termos do art. 1º, § 2º, da Resolução Conjunta 01/09, constituem tribunais de exceção. Afinal, cuida-se de atuação temporária e *ex post factum* de juízes em casos específicos, previamente selecionados para análise no bojo do mutirão.

Há, ainda, violação ao aspecto individual do juiz natural, na medida em que os casos submetidos ao mutirão são analisados por juízes temporariamente convocados, em substituição inconstitucional e ilegal do juiz competente em sede executiva. É o que expõe, em linha de raciocínio similar, Cássio Roberto dos SANTOS:

“Embora não conste na Resolução Conjunta n. 01/2009 do CNJ e CNMP, bem como não haja tratamento específico da questão no provimento 190 do Conselho Superior da Magistratura deste Estado [Mato Grosso do Sul], por meio da leitura de ordens de serviço baixadas pela Corregedoria Geral da Justiça do nosso Estado **é possível concluir que os trabalhos do mutirão são feitos sem a participação do magistrado titular da vara sob regime de exceção.**”⁵⁷¹ – g.n. –

⁵⁷¹ SANTOS, Cássio Roberto dos. Mutirão Carcerário e Juízo de Retratação. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. n. 171 (2009), p. 11. O mesmo texto, com adaptações, consta do *sítio* do ConJur: **Não Cabe ao Titular da Vara Exercer Retratação**. <http://www.conjur.com.br/2010-set-21/nao-cabe-titular-vara-exercer-retratacao-decisoes-mutiroes>. Acesso em 20.4.2017. Em que pese se admita que os mutirões instituem juízos de exceção, o autor não reconhece, nessa prática, violação ao princípio do juiz natural, argumentando-se na linha da inexistência de “*princípio constitucional absoluto e que nestas questões de que ora tratamos deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista sua preponderância (...)*” (SANTOS, C. R. Mutirão ... op. cit., p. 11-12). Lógica análoga, em prol da defesa dos mutirões e da inexistência de violação ao juiz natural, é defendida por Rodrigo Régner Chemin GUIMARÃES, que sustenta a necessidade, no caso concreto, de ponderação entre a dignidade humana dos presos e o princípio constitucional do juiz natural, asseverando em conclusão “*que não admitir a preponderância da dignidade da pessoa humana sobre o Juiz natural no caso concreto do pretendido “Mutirão Carcerário” é, com todo o respeito, ter visão limitada do real significado que historicamente se procurou empreender aos direitos e garantias do cidadão. Assim, estacionar a exegese do Juiz natural na restrita interpretação gramatical, afastando-se da visão proporcional e sistemática dos demais princípios constitucionais e, em particular, do princípio da dignidade da pessoa humana (...)*” (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemin. **O Mutirão Carcerário e o Princípio do Juiz Natural**. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Mutirao_Carcerario_e_Juiz_Natural. Acesso em 20.4.2017). A questão que se coloca, nesse aspecto, refere-se não ao próprio fundamento (como

No Estado de São Paulo, antes mesmo da iniciativa do CNJ, de criação de mutirões carcerários, a Presidência do TJ/SP, através de *comunicado* publicado no DOE de 18.3.94, informou que "*magistrados de primeira instância da comarca da Capital, titulares de Varas Criminais e juízes auxiliares*" seriam designados para atuar em processos de execução penal, com a finalidade de acelerar a análise de benefícios a acusados presos, eliminando assim o atraso na tutela jurisdicional em sede executiva.

A medida foi objeto de crítica formulada por Luiz Flávio GOMES, que mesmo reconhecendo o bom propósito da medida, viu nela afronta ao princípio do juiz natural⁵⁷². As conclusões servem, com adaptações, de reforço à comprovação de que os mutirões violam o juiz natural:

“A designação ora examinada, sumariamente, não só não encontra amparo na lei (isto é, viola o princípio da legalidade), senão também possui todas as características do juízo de exceção (proibido constitucionalmente), na medida em que foi feita depois do fato ajuizado. É, de outro lado, uma designação *ad personam*, para determinados casos. É algo feito *ex post factum*, sem o atributo da generalidade e da impessoalidade. Mais sucintamente: é designação do juiz *as hoc*, para alguns casos, com a consequência de subtrair o jurisdicionado do seu juiz natural permanente (...). Não se concilia com o princípio do juiz natural a designação de juízes para atender 'contingências particulares', para 'julgar pessoas ou fatos particulares'.”⁵⁷³

solucionar a colisão entre juiz natural e dignidade humana do preso), mas ao fundamento do fundamento (se a colisão pressuposta efetivamente **deveria existir**). É que na hipótese, o que gera violação à dignidade humana do preso não é propriamente a efetivação do juiz natural, mas sim a inefetividade de outras garantias constitucionais (materiais e instrumentais) do cidadão preso, que culminam com a superpopulação e a sistemática violação de direitos humanos no cárcere. Em outros termos, o que gera a superpopulação carcerária que se pretende combater mediante os mutirões não é a efetivação do juiz natural, mas a enorme quantidade de presos cautelares, em franca violação à presunção de inocência; ou o absurdo contingente de presos por crimes patrimoniais não violentos (furtos, na maioria dos casos), em violação à lesividade, subsidiariedade e intervenção mínima; ou a expressiva quantidade de presos por porte ou posse de inexpressiva quantidade de substância entorpecente. Essas são, em realidade, algumas das causas que engendram a necessidade de instalação dos mutirões carcerários e, caso combatidas com seriedade e comprometimento político, sequer permitirão discussões a respeito de uma fraudada (e desnecessária) colisão entre juiz natural e dignidade humana do preso.

⁵⁷² GOMES, L. F. Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural. **Revista dos Tribunais**, a. 83, v. 703 (mai./1994), p. 417-418.

⁵⁷³ GOMES, L. F. Apontamentos ... op. cit., p. 422.

É necessário, contudo, encontrar soluções para a superpopulação carcerária. E como o reconhecimento puro e simples da falência do sistema carcerário – e a consequente *abertura de portas dos presídios* – envolve uma responsabilidade que ninguém quer assumir, segue-se vilipendiando o princípio do juiz natural mediante o paliativo dos mutirões, que atua nos efeitos e não nas causas do problema carcerário⁵⁷⁴.

Nesse contexto, o Procedimento de Controle Administrativo 43, do CNJ, entendeu que a criação de mutirões destinados a agilizar o julgamento de processos não vulnera o princípio do juiz natural⁵⁷⁵. E mais recentemente o CNJ teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre a legalidade dos mutirões carcerários, entendendo inexistir qualquer violação do princípio do juiz natural nesse paliativo⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ No sentido da crítica: SANTOS, C. R. Mutirão ... op. cit. p. 8.

⁵⁷⁵ “Procedimento de Controle Administrativo. **Mutirão destinado a agilizar o julgamento de processos judiciais. Alegada violação ao princípio do juiz natural, com instituição de tribunal de exceção. Inexistência.** Orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Improcedência da pretensão. (...) II) Nos mutirões, não se cogita do afastamento dos juízes titulares das varas beneficiadas. Ao contrário, esses titulares somam seus esforços aos do grupo de magistrados designados para o auxílio e não raro os coordena. Da mesma forma, o ato de designação não vincula quaisquer dos juízes a determinado processo. O juiz não é designado para proferir sentença em dado feito. De modo absolutamente desvinculado, há um grupo de juízes de um lado e um acervo de processos do outro. O objetivo é liquidar o acervo, pouco importando quem profira a decisão, podendo ser o próprio titular da vara. III) Os mutirões, portanto, não ofendem a garantia do juiz natural e muito menos cria tribunal de exceção. No caso dos mutirões, o juiz natural é aquele que, de modo aleatório, conforme a sistemática de trabalho adotada, recebe o feito para apreciação e o julga com a devida imparcialidade. IV) Orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. V) Procedimento de Controle Administrativo rejeitado.” - g.n. - (CNJ – PCA 43, Rel. Cons. Paulo Schmidt, DJU 09.02.2006). Há, como se disse, no STJ, diversos precedentes reconhecendo a validade dos mutirões e a inexistência de ofensa ao princípio do juiz natural, porém todos sempre relativos ao processo civil (cf.: **STJ - AgRG no Ag 828.862**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 23.11.2007; **STJ - REsp 380.466**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 22.10.2009; **STJ - AgRg no REsp 1.002.006**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 13.12.2011; **STJ - AgRg no REsp 756.532**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 23.3.2012 e **STJ - REsp 1.391.261**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 26.5.2015), em que os pressupostos do juiz natural são diversos em relação ao processo penal e de execução penal.

⁵⁷⁶ “Regulamentação dos Mutirões Carcerários. Portaria n. 15/2010. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ. 1. A sistemática implementada pela Portaria n. 15, que regulamenta, no âmbito de cada tribunal, os mutirões carcerários, não viola o princípio do juiz natural. 2. **Está mantido o princípio do juiz natural em relação aos processos de presos provisórios, considerando que é atribuição do próprio juiz que decretou a prisão o ‘reexame acerca da manutenção ou não da segregação cautelar’.** 3. **Da mesma forma não se viola o princípio do juiz natural em relação aos processos dos presos definitivos, com base nos precedentes do STF, STJ e do próprio CNJ.** 4. A designação dos juízes que irão participar do mutirão está no âmbito de autonomia de atuação dos Tribunais, e não deve sofrer qualquer interferência do Conselho. Procedimento de Controle Administrativo que se conhece, e a que se nega provimento.” - g.n. - (CNJ - RA em PP, Rel. Cons. Nelson Tomaz Braga, J. 14.12.2010).

Ambas as orientações têm servido de fundamento à manutenção da higidez desses paliativos na jurisprudência dos Tribunais de Justiça⁵⁷⁷. Os casos levados à apreciação em segundo grau tem por objeto, em sua maioria, a revogação de decisões dos mutirões – usualmente concessivas de benefícios aos presos – pelos juízes da execução penal (ou do processo de conhecimento, quando revogada prisão cautelar), sob o fundamento da usurpação de competência e violação do juiz natural⁵⁷⁸.

Ao fim, deve-se reforçar que o objetivo da crítica não se direciona aos legítimos objetivos que conduziram à criação dos mutirões carcerários, vinculados à redução do contingente carcerário e melhoria das condições dos presídios. Muito menos caminha no sentido de superestimar a forma em detrimento do conteúdo. Não é disso que se trata.

Trata-se, isso sim, de comprovar que os mutirões representam solução paliativa – e que, no fundo, pode resolver problemas individuais, porém nada soluciona do ponto de vista estrutural, o que se comprova pelo aumento diuturno do número de presos no Brasil –, que substituem uma inconstitucionalidade manifesta (superlotação carcerária) por outra (ineficácia do juiz natural).

A questão não parece que se deva – ou mesmo que se precise – resolver mediante a escolha da garantia fundamental cuja lesão ao indivíduo será de

⁵⁷⁷ "(...) As decisões judiciais proferidas em mutirão carcerário não ofendem o princípio do juiz natural nem criam juízo ou tribunal de exceção, já que devidamente regulamentadas." (TJ/MG - AgExec 1.0456.08.063368-2/002, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, J. 15.9.2011). Há ainda interessante discussão sobre a possibilidade do exercício de juízo de retratação, pelo juiz natural da execução, em relação às decisões tomadas em sede de mutirão e objeto de recurso de agravo. Cássio Roberto dos SANTOS entende pela impossibilidade do exercício de retratação, em prol da defesa da independência judicial das conclusões dos juízes que exerceram jurisdição em regime de mutirão carcerário: "até mesmo para preservar a independência jurisdicional, tanto do magistrado como do mutirão, é que se defende a tese segundo a qual não cabe àquele realizar juízo de retratação em recursos interpostos contra decisão que não proferiu e, por vezes, com a qual sequer está de acordo." (SANTOS, C. R. Mutirão ... op cit., p. 13).

⁵⁷⁸ Toma-se, por exemplo, o Habeas Corpus n. 1.674.849-7, do TJ/PR (Rel. Des. Maria José Teixeira). O caso versava sobre o Mutirão Carcerário de Piraquara, no qual se revogou a prisão preventiva decretada em desfavor de Jocieli Lemos Correia. Nos autos do processo principal (7948-11.2016.8.16.0131, de Pato Branco), a soltura da acusada foi informada, tendo o juízo do processo anulado a decisão proferida no Mutirão Carcerário, sob o argumento da violação da competência, e determinado a expedição de novo mandado de prisão. Essa decisão foi objeto do *writ*, tendo sido a liminar concedida, argumentando-se a inexistência de violação ao juiz natural. Porém, o mérito da ordem de *habeas corpus* não foi julgado, tendo em vista a perda do objeto, pois durante o trâmite da ação autônoma, a paciente (e acusada) foi condenada, tendo porém sido reconhecido o direito de apelar da condenação em liberdade.

menor impacto. Ao revés, com um pouco de esforço – e vontade política – há caminhos pelos quais não se faz necessário criar tribunais *ad hoc* e atalhos de duvidosa constitucionalidade para a redução do contingente carcerário. As hipóteses são várias, a começar pelo cumprimento do princípio constitucional da presunção de inocência, reduzindo-se as prisões cautelares – que hoje respondem por considerável parcela do contingente carcerário – às hipóteses realmente necessárias.

3.6.4. A (Ausência de) Competência na Análise da Prisão Ilegal Decorrente dos Casos de Presos “Cumprindo Pena” em Delegacias de Polícia

Segundo a regra do art. 87, *caput*, da LEP, as penitenciárias são os estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado.

A despeito do dispositivo legal expresso, não é incomum, no âmbito dos Estados, a existência de diversos presos "*cumprindo pena*" em delegacias de polícia. A situação ilegal não é novidade, tendo sido objeto de análise pela CPI do Sistema Carcerário de 2007⁵⁷⁹ e, segundo informações mais recentes contidas no relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2015, o problema dos presos em delegacias de polícia persiste⁵⁸⁰.

Talvez a face mais grotesca da violação de direitos humanos decorrente da utilização de delegacias como se presídios fossem é representada pelos diversos casos de famílias postulando indenizações em decorrência do falecimento de

⁵⁷⁹ BRASIL. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

⁵⁸⁰ BRASIL. **CPI - Sistema Carcerário Brasileiro: Relatório Final**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017, p. 158: "Conforme constatado na investigação parlamentar perpetrada por essa Comissão, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro é enorme em nosso país (faltam cerca de 250 mil vagas). Soma-se a isso a considerável população carcerária que ainda está sob o regime de custódia em delegacias de polícia civil, contrariando as recomendações de que os presos devem ser mantidos em unidades participantes do sistema carcerário." No âmbito do CNJ, diversas inspeções e recomendações foram feitas no sentido de promover a realocação dos presos que "cumprem pena" em delegacias. Algumas informações sobre o assunto podem ser consultadas no próprio sítio do CNJ, a exemplo das inspeções feitas em Delegacias de São Paulo (<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/59185-terminada-inspecao-em-delegacias-superlotadas-de-presos-em-sp>) e Bahia (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59895-cnj-questiona-manutencao-de-presos-em-delegacias-precarias-na-bahia>).

parentes presos que, “*cumprindo pena*” em delegacias, faleceram em decorrência da falta de condições de higiene, salubridade ou segurança dos estabelecimentos policiais⁵⁸¹.

No Estado do Paraná, o problema dos presos “*cumprindo pena*” em delegacias policiais foi objeto de atenção pelo CNJ, no âmbito de Mutirão Carcerário realizado no ano de 2010, quando foram realizadas inspeções em diversas Delegacias e Distritos Policiais do Estado⁵⁸². As diligências realizadas evidenciaram a situação calamitosa de diversos desses estabelecimentos – muitos dos quais superlotados⁵⁸³ –, o que engendrou a interdição de alguns deles e o remanejamento de presos⁵⁸⁴.

Sensível a essa situação, a Defensoria Pública do Estado do Paraná resolveu agir e, no ano de 2014, ingressou com pedidos coletivos de relaxamento de prisão de cidadãos cumprindo pena em delegacias e distritos policiais⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ Dentre alguns casos, pode-se citar o de *Marco Antônio Nogueira*, cidadão falecido em 24.8.1997, aos 24 anos, por conta de queimaduras sofridas quando “cumpria pena” na Delegacia de São João Nepomuceno/MG. Naquele dia, enquanto Policiais Cíveis responsáveis pela Delegacia comemoravam, em um restaurante, a instalação de nova unidade policial – deixando a Delegacia vazia –, ocorreu uma rebelião de presos, que atearam fogo nas celas, acarretando queimaduras e a morte de *Marco*. O caso foi objeto de ação indenizatória movida pela família do preso falecido, que chegou à apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, que manteve a decisão do TJ/MG, fixando o *quantum* indenizatório em 300 salários-mínimos para cada genitor (cf.: **STJ - REsp 884.726**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.6.2008).

⁵⁸² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Departamento de Fiscalização e Monitoramento. **Mutirão Carcerário Realizado no Estado do Paraná: Relatório Geral**. Brasília, 2010. Nesse Mutirão, foram realizadas inspeções em delegacias de Curitiba (9º, 11º e 12º Distritos, bem como nas Delegacias de Furtos e Roubos e Furtos e Roubos de Veículos), Colombo (Alto Maracanã), Castro, Irati, Ponta Grossa (13ª Subdivisão Policial), Guarapuava (14º Distrito), Londrina (2º Distrito), Sarandi, Maringá, Palmas, Cascavel (15º Distrito), Toledo, Marechal Cândido Rondon e Guaíra.

⁵⁸³ CNJ. **Mutirão** ... op. cit. p. 13: “A situação de superlotação foi constatada nas inspeções realizadas nas delegacias. O 12º Distrito Policial, por exemplo, com capacidade projetada para 24 presos, acolhe aproximadamente 150 presos, ou seja, está com uma lotação 6 vezes maior que capacidade projetada.”

⁵⁸⁴ CNJ. **Mutirão** ... op. cit., p. 139-141: “Na inspeção no 2º Distrito Policial de Londrina, foi detectada situação gravíssima de superlotação e insalubridade. Entre as irregularidades, havia três construções modulares adequadamente chamadas de “contêineres”, com 90 homens em cada. De posse do formulário de inspeção, a ilustre magistrada da VEP interditou parcialmente a unidade prisional, determinando o remanejamento para penitenciárias da Secretaria de Justiça (pedido de providências nº 1521/2009). (...) Também como consequência das inspeções realizadas pelo coordenador do CNJ, houve interdição de algumas cadeias e carceragens de delegacias, como: 2º Distrito de Londrina, 12º Distrito de Curitiba, Delegacia de Furtos e Roubos de Curitiba, 9º Distrito de Colombo (Região Metropolitana de Curitiba). Aliás, quanto a este, após o encerramento do mutirão fui comunicado pelo juiz corregedor da Capital que a carceragem foi totalmente desativada, não havendo mais nenhum preso ali.”

⁵⁸⁵ <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/modules/noticias/article.php?storyid=129>. Acesso em: 10.5.2017. Segundo as informações contidas no sítio oficial da Defensoria Pública do Estado do Paraná, foram ajuizados 16 (dezesseis) pedidos de relaxamento coletivo de prisão entre os dias 18 e 19.2.2014, nas Comarcas de Almirante Tamandaré, Colombo, Pinhais, Piraquara, Araucária, São José dos Pinhais,

Muito embora a própria custódia em delegacias seja ontologicamente ilegal, por violação ao disposto na regra do art. 87, *caput*, da LEP⁵⁸⁶, o fundamento essencial dos pedidos residia exatamente naquilo que se poderia denominar de ilegalidade das condições materiais das prisões, como é o caso da superlotação carcerária, ausência de condições adequadas de insolação, aeração, espaço físico, condicionamento térmico etc.

Aqui, necessária uma observação. A regra do art. 5º, LXV, da CR/88, dispõe que a prisão ilegal será imediatamente relaxada. Na doutrina, em regra, tem-se promovido uma redução hermenêutica do conteúdo do significante “*prisão ilegal*”. A ilegalidade da prisão tem sido restringida a questões de ordem formal – como a análise dos requisitos da prisão em flagrante ou os fundamentos jurídicos da decisão cautelar⁵⁸⁷ –, o que tem o efeito prático de blindar o Poder Judiciário no que se refere à análise das condições materiais da prisão⁵⁸⁸.

Paraguá, Matinhos, Guaratuba, Londrina, Maringá, Ponta Grossa, Castro, Guarapuava, Foz do Iguaçu e Cianorte.

⁵⁸⁶ GOMES, M. T. U. Eficiência ... op. cit., p. 377. E nos Autos do Pedido de Relaxamento Coletivo de Prisão sob nº 2014.381-4, ajuizado perante a 1º Vara Criminal do Foro Regional de Almirante Tamandaré – Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR, Petição Inicial: "(...) há ilegalidade ínsita à conversão de carceragens em delegacias de polícia em locais de manutenção permanente de presos. Apenas este fato seria suficiente para que todas as prisões da Delegacia de Almirante Tamandaré fossem relaxadas, eis que, mais do que um mero local de recebimento de preso, é local que abriga presos por meses, inclusive presos condenados lá cumprem sua execução de pena."

⁵⁸⁷ É o caso da posição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO, para quem as hipóteses que demandariam relaxamento, por ilegalidade da prisão, estariam vinculadas à inobservância de disposições constitucionais que asseguram direitos de informação dos presos (art. 5º, LXII, LXIII e LXIV, da CR/88) e quando não forem observadas as formalidades da prisão em flagrante ou quando o caso não comporte flagrante (CARVALHO, L. G. G. C. **Art. 5º, LXV**. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, Gilmar Ferreira; SALRLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 459-460. Também sustentando que a ilegalidade da prisão se afere mediante requisitos formais: CAVALCANTI, T. B. **A Constituição** ... op. cit., p. 164-165.

⁵⁸⁸ GIAMBERARDINO, A. R. Poder Judiciário e Execução Penal: notas sobre a versão brasileira da teoria da não intervenção. CNJ. **Memórias: Workshop Nacional dos GMFs – Um Novo Olhar para a Execução Penal**. Brasília, 2016, p. 72: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” e, logicamente, pela autoridade judiciária competente. O problema começa na definição do que significa “prisão ilegal” (...). É grave constatar que este tema nunca foi debatido com a profundidade que merece, operando-se, sem qualquer fundamento aparente, a redução semântica do conceito de ilegalidade para se concluir que ilegal seria somente a decisão que decreta a prisão, e não a prisão em si. Em outras palavras, uma prisão preventiva decretada nos termos da Lei, com seus requisitos em abstrato preenchidos, mas cujo cumprimento insere o réu em uma carceragem de delegacia de polícia sem as menores condições de custodiar qualquer tipo de animal ou ser humano, é legal ou ilegal? A redução semântica é tão grave que alcança também as noções de “ato coator” e “constrangimento ilegal” em sede de *habeas corpus*. A discussão no Poder Judiciário só trata dos requisitos e pressupostos em abstrato da decretação da prisão. Onde e como ficará o preso seria responsabilidade do Executivo. A prisão em sua materialidade está fora do âmbito de controle judicial. *Hands off*.”. O mesmo texto, com adaptações, está

Nesse sentido, as iniciais ajuizadas buscaram superar esse primeiro entrave ao conhecimento dos pedidos deduzidos, promovendo exegese que incorpora no conceito de "prisão ilegal" do art. 5º, LXV, da CR/88, as condições materiais a que estão submetidos os presos:

"(...) importante realizarmos um exercício hermenêutico: o texto constitucional afirma que a prisão ilegal será relaxada, sem restringir a espécie de ilegalidade. Essa abrangência significativa do dispositivo garante poder geral de cautela ao Judiciário e traz importante consequência prática: toda decisão formalmente ilegal, mas também materialmente ilegal, é passiva de relaxamento pela autoridade judicial competente. Impõe que não apenas prisões decorrentes de decisões viciadas devem ser relaxadas, mas prisões que, por si sós sejam materialmente incompatíveis com os dispositivos legais e constitucionais também devem ser relaxadas."⁵⁸⁹

Mas ainda que superado esse aspecto, dois outros entraves processuais ainda precisavam ser contornados. Em primeiro lugar, conseguir que o Poder Judiciário analisasse a “*ilegalidade coletiva*” das prisões. Em segundo lugar, identificar o órgão jurisdicional competente para a análise da ilegalidade das condições materiais da prisão.

Relativamente ao primeiro aspecto, em que pese o histórico de alargamento do cabimento do *writ* de habeas corpus na jurisprudência brasileira⁵⁹⁰, há uma tradição de se não analisarem pedidos coletivos de relaxamento de prisão ou *habeas corpus*, sob os mais diversos fundamentos,

disponível no *sítio* do empório do direito: <http://emporiiodireito.com.br/poder-judiciario-e-execucao-penal/>. Acesso em 12.5.2017.

⁵⁸⁹ Autos ... cit., Petição Inicial.

⁵⁹⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. v. 3 (1910-1926): doutrina brasileira do habeas corpus. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Há, recentemente, no contexto da odiosa jurisprudência defensiva, alguns ataques e tentativas de restrições ao conhecimento do *writ* de *habeas corpus*, como é o caso da recente tese inadmitindo o manejo do *writ* como substitutivo de recurso ordinário (v.g. STF – 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29.5.2014), posteriormente acompanhadas da orientação no sentido da exigência de procuração para a interposição do recurso ordinário em habeas corpus (STJ – AgRg no RHC 63.411, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 17.11.2015). Críticas a esta última orientação, que não é unânime no Superior Tribunal de Justiça (cf.: STJ – RHC 48.662, Rel. Min. Nêfi Cordeiro, J. 9.6.2015), podem ser conferidas em: BADARÓ, G. H. **STJ erra ao exigir procuração em recurso no habeas corpus**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-25/gustavo-badaro-exigir-procuracao-recurso-hc-equivoco>. Acesso em 22.4.2017; TORON, Alberto Zacharias. **É necessário ter procuração para interpor recurso ordinário em HC?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-22/alberto-toron-necessaria-procuracao-interpor-recurso-ordinario-hc>. Acesso em 22.4.2017.

normalmente vinculados a um paradigma individualista, pelo qual a ilegalidade deve ser aferida singularmente e o ato coator (ou o constrangimento ilegal) deve ser individualizado⁵⁹¹.

Essa limitação ao conhecimento de postulações coletivas de restrições ilegais ao direito de ir e vir tem paulatinamente encontrado alguns precedentes de resistência, ainda raros e esparsos⁵⁹².

⁵⁹¹ "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. **PEDIDO DE LIBERDADE PARA PRESOS EM DELEGACIAS DA BAHIA. HABEAS CORPUS COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE E AUTORIDADE COATORA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA ILEGALIDADE. REQUISITOS ESSENCIAIS.** 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Embora a pretensão apresentada no presente recurso seja coletiva, não é possível desvirtuar o habeas corpus com a finalidade de albergá-lo, uma vez que existem outras formas mais adequadas de se obter a medida pretendida. De fato, **o habeas corpus depende da especificação da autoridade coatora e do paciente, bem como da especificação da ilegalidade, não podendo todos os presos serem colocados na mesma situação, uma vez que, embora possam eventualmente estar presos de forma inadequada, nem todos podem ser colocados de imediato em liberdade**, conforme visa o recorrente. " – g.n. – (STJ - AgRg no RHC 47.915, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10.8.2016). No mesmo sentido: STJ - AgRg no HC 373.654, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 20.4.2017; STJ - AgRg no HC 377.131, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 19.12.2016; STJ - HC 91.462, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24.11.2014, dentre outros.

⁵⁹² No Superior Tribunal de Justiça, há precedentes reconhecendo a ilegalidade de portaria de Juiz da Vara da Infância e Juventude que instituiu o *toque de recolher* (STJ – HC 207.720, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23.2.2012 e STJ – HC 215.225, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 22.11.2012). Em contexto análogo, o Min. Luis Felipe Salomão, em decisão monocrática no bojo do *Habeas Corpus* sob nº 320.938, muito embora não tenha conhecido da impetração, concedeu de ofício a ordem em prol de coletividade (crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrassem em caráter transitório na comarca de Ribeirão Preto/SP), reconhecendo a ilegalidade de portaria que limitava a reunião de adolescentes, comumente denominada de "*rolezinho*" (STJ – HC 320.938, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática de 5.6.2015). Há ainda precedentes no âmbito dos Estados – como regra, liminares em habeas corpus preventivos –, concessivos de salvo conduto para a participação popular pacífica em movimentos como a *marcha da maconha* (v.g. TJ/RS – HC 1080118354-9, Rel. Juíza Laura de Borba Maciel Fleck, J. 3.5.2008). E mais recentemente, convém destacar a decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, nos autos do *habeas corpus* sob nº 143.641, concedendo liminar em favor de "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças". Na decisão, destacou-se que "numa sociedade burocratizada, a lesão pode assumir caráter coletivo e, neste ponto, o justo Consist em disponibilizar um remédio efetivo e funcional para a proteção da coletividade – mormente de coletividades vulneráveis socioeconomicamente." (STF – HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática de 15.8.2017). Na literatura sobre o tema, dois pareceres merecem destaque, ambos ofertados no contexto de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no intuito de garantir aos guardadores de veículos (*flanelinhas*) o direito de ir, vir, ficar e permanecer nas ruas. O primeiro, de lavra de Geraldo PRADO, ao tratar da (des)necessidade de indicação individualizada do beneficiário do *writ* – fruto de uma ideologia autoritária e vinculada a um paradigma liberal-individualista –, consigna que "em um processo penal de matriz acusatória o princípio elementar da paridade de armas deve ao menos assegurar a paridade de oportunidades. Por isso, se é possível reprimir coletivamente, isto é, valendo-se as forças de segurança de dispositivos que não as obrigam a individualizar e nomear as pessoas e os bens fundamentais (domicílio, parcela vital do patrimônio pessoal etc.) que são afetados pelas ações repressivas, exigir-se sempre, em qualquer caso, a determinação dos afetados resultaria em uma diabólica inversão de ônus." (**Habeas Corpus coletivo impetrado em favor dos "flanelinhas" – Parecer do Prof. Geraldo Prado**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/parecer-do-prof-geraldo-prado-sobre-o-habeas-corporus-coletivo-impetrado-em-favor-dos-flanelinhas/>. Acesso em: 22.5.2017). O segundo, da

Tais precedentes encontram guarida não apenas nas modernas concepções a respeito da extensão da tutela coletiva de direitos à esfera criminal, como também no estímulo conferido pelo Conselho Nacional de Justiça à efetivação do princípio da duração razoável do processo mediante a “*solução coletiva a demandas de massa*.”⁵⁹³

No que se refere ao segundo aspecto, aparentemente não haveria maiores objeções quanto ao órgão competente para a análise das condições materiais dos presos em carceragens policiais, segundo a aplicação das regras positivadas no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Provimento nº 60/2005).

Em conformidade com o Código de Normas, o juiz corregedor dos presídios tem competência para fiscalizar a situação dos presos e zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 7.6.3, II), autorizar a remoção de presos para o Sistema Penitenciário (art. 7.6.3, III) e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento prisional que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência à lei (art. 7.6.3, VII). Ademais, nas comarcas com mais de uma vara criminal, a Corregedoria dos Presídios será exercida pelo juiz da 1ª vara criminal (art. 7.6.2) e onde houver Vara de Execuções Penais, a corregedoria dos Presídios será exercida pelo juízo desta (art. 7.6.2.1). Logo, a conjugação dessas regras permite concluir que a competência dos pedidos coletivos de relaxamento de prisão seria do respectivo Juiz Corregedor.

Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, subscrito por Daniel SARMENTO, Ademar BORGES e Camilla GOMES, tecendo comentários sobre a plasticidade e maleabilidade do *writ*, a moderna e generalizada tendência à coletivização da tutela de direitos, a flexibilidade das formas de tutela das liberdades individuais e o direito à tutela jurisdicional efetiva, encontra na própria possibilidade da concessão de ofício da ordem de habeas corpus um fundamento à admissibilidade da impetração coletiva: “se todo magistrado dispõe de competência para conceder de ofício a ordem de *habeas corpus*, não há razão para insistir na defesa da tese de que o remédio somente pode ser veiculado em sua versão individual. Se o próprio Judiciário, diante da impetração de *habeas corpus* em favor de pessoas determinadas, pode ampliar, por iniciativa própria, a extensão subjetiva da proteção à liberdade de locomoção – flexibilizando com isso o *princípio da inércia da jurisdição* – por mais razões ainda se deve admitir que a tutela jurisdicional seja perseguida, desde o início, em termos coletivos.” (**O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em 22.5.2017).

⁵⁹³ CNJ. **Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal**. Brasília: 2009, p. 14.

Como decorrência dos pedidos coletivos, o Ministério Público do Estado do Paraná, através do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais (CAOP), publicou o Informativo nº 283, disponibilizando "*esboço de pronunciamento pelo indeferimento do pleito*", fazendo ainda ressalva à eventual posição em sentido contrário dos promotores que iriam officiar em cada caso concreto⁵⁹⁴.

Após as manifestações do Ministério Público nos pedidos de relaxamento formulados, a realidade: nenhum dos pleitos deduzidos pela Defensoria Pública prosperou. Os fundamentos? A extragrande maioria vinculados – expressa ou implicitamente – à (in)competência, aduzindo-se em síntese que o Juiz Corregedor não é o natural para a análise de pedidos de relaxamento de prisão, ou que o Poder Judiciário não possui competência para analisar as condições materiais dos presídios⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1294>. Acesso em 10.5.2017. No sítio estão disponíveis tanto a inicial de um dos pedidos de relaxamento formulados pela Defensoria Pública, bem como um "esboço de pronunciamento" do MP/PR. No referido *esboço*, duas são as teses no sentido do indeferimento do pedido formulado pela Defensoria Pública. Em primeiro lugar, o descabimento de pedido coletivo de ilegalidade da prisão, fundado em precedentes no sentido de que a ilegalidade deve ser aferida em cada caso concreto, de forma individual e não coletiva. Em segundo lugar, na aplicação desvirtuada da teoria da reserva do possível, entendendo-se que no conflito de interesses entre o exercício de direitos pelo preso e a possibilidade do Estado em garanti-los, a razoabilidade deve imperar como critério apto a solucionar o conflito, e a ausência ou deficiência nas prestações materiais exigidas pela LEP deve ser suportada pelo cidadão encarcerado. A tese de aplicação da reserva do possível não pode ser aceita, pelo simples fato de que se desvirtuou por completo o seu sentido. Deve-se destacar, inicialmente, que "reserva do possível" não é uma teoria, mas um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais. Mais do que isso, a reserva do possível também pode servir "como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação (...) da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 288). No contexto da manifestação do Ministério Público, não se aponta sequer qual seria o direito fundamental a ser contraposto aos direitos fundamentais dos presos à vida, saúde, integridade física, psicológica etc (em outros termos, não se aponta como a concessão de liberdade aos presos em situação degradante afetaria economicamente outros direitos fundamentais), de modo a sequer se poder cogitar de aplicação da lógica da reserva do possível nesse caso.

⁵⁹⁵ GIAMBERARDINO, A. R. Poder Judiciário ... op. cit., p. 72-73. "O ajuizamento de vários pedidos de "relaxamento coletivo de prisão" em fevereiro de 2014, pela Defensoria Pública do Paraná, trouxe à baila essa interessante perplexidade: mesmo considerando que as normas de organização judiciária indicam, em comarcas maiores, a vara da Corregedoria dos Presídios como competente para as questões concernentes às condições de custódia, a sensação foi a de que jamais se cogitou aplicar o referido inciso constitucional e a conclusão, em alguns casos, foi de que não haveria juízo competente para esse tipo de pedido. Não houve resposta definitiva no caso porque, na prática, diversas outras providências administrativas foram tomadas e a maioria dos pedidos, de fato, não chegou a ser apreciada, visto que alguns foram convertidos em pedidos de providência, e assim por diante... A questão, porém, segue em aberto: qual é a autoridade

Nesse sentido, por exemplo, é a decisão do juízo da 1ª Vara Criminal de Almirante Tamandaré/PR, nos autos de pedido de relaxamento coletivo de prisão sob nº 2014.381-4. Mesmo reconhecendo de forma expressa a “*carência material da carceragem da Delegacia de Polícia local*” e “*que o ergástulo público em debate não oferece as melhores condições materiais aos apenados*”, escapou-se ao reconhecimento da ilegalidade, para efeitos de relaxamento das prisões, sob o fundamento de que a condição das carceragens é matéria afeta ao Executivo e, portanto, o Judiciário não teria competência para a análise pretendida, sob pena de violação da separação de poderes:

“(…) nosso sistema prisional é de responsabilidade do Poder Executivo, a quem cabe promover as melhorias, para sanar os riscos à saúde e segurança dos detentos e servidores que trabalham na carceragem. (...)”

De outro lado, no que se refere a tese da ausência de condições materiais e estruturais do cárcere local, também não merece acolhida, isso porque, como já dito, tais questões devem ser debatidas na esfera do Poder Executivo a quem a Carta Magna atribuiu a competência para atuar neste sentido, não cabendo ao Judiciário delimitar as diretrizes de atuação daquele Poder, mas apenas analisá-los sob o prisma da legalidade em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República.”⁵⁹⁶

A decisão é problemática em diversos aspectos.

Em primeiro lugar, comprova que a *hands off doctrine* ainda vige quando o assunto é execução penal, ou seja, o Poder Judiciário segue, em largos espaços, lavando as mãos em face da questão carcerária. Em segundo lugar, distorce o pedido formulado na inicial, para poder justificar o indeferimento com base na separação dos poderes. Note-se que não se postulou que fosse determinado ao Executivo a realização de melhorias das condições das carceragens policiais, ou mesmo que fosse realocado dinheiro público em prol da causa penitenciária. Pretendia-se o reconhecimento de ilegalidade das condições materiais da prisão,

jurisdicional competente para fazer o controle efetivo das condições materiais de custódia nos termos da Constituição?”

⁵⁹⁶ Autos Parciais ... Decisão, p. 2 e 5.

para efeitos de incidência do art. 5º, LXV, da CR/88, o que não interfere, em absoluto, nas políticas públicas carcerárias (sub)desenvolvidas pelo Executivo.

Ainda que se não possa esconder que um dos efeitos práticos das medidas adotadas pela Defensoria Pública tenha caminhado – em conjunto a outras ações integradas do Poder Público paranaense – no sentido da redução do número de presos em carceragens e delegacias policiais⁵⁹⁷, **o reconhecimento explícito de que a ilegalidade das condições materiais das prisões deve ser discutida perante o Executivo culminou com a conclusão de que o Poder Judiciário não possui competência para a análise de questões desse jaez.** Não se trata sequer de violar o princípio do juiz natural, mas simplesmente de anular a garantia, assim como a inafastabilidade da jurisdição.

3.7. De como *deveria ser* o Princípio do Juiz Natural no Processo de Execução da Pena Privativa de Liberdade: propostas possíveis de efetivação da garantia constitucional

A principal conclusão que se pode extrair de tudo o quanto se analisou até o presente momento é a de que não há soluções simples para os problemas afetos à execução penal⁵⁹⁸. E assim o é em relação ao princípio do juiz natural no processo executivo.

Ao se pensar nas possíveis propostas de efetivação das regras de competência em sede executiva penal, deve-se projetar eventuais problemas decorrentes das soluções, pois no mais das vezes as alterações parciais no sistema podem gerar mais entraves do que benefícios⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Dados sobre a redução da população de presos em delegacias, no Estado do Paraná, em: GOMES, M. T. U. Eficiência ... op. cit., p. 377-379.

⁵⁹⁸ COUTINHO, J. N. M. Punitivismo ... op. cit., p. 1-12.

⁵⁹⁹ COUTINHO, J. N. M. As Reformas ... op. cit. p. 12: “Quando o assunto é reforma, o primeiro ponto é o fundamental porque trata do núcleo dos problemas: é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo-se às questões intra-sistemáticas para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos. Se é assim, qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto

A partir dessa consideração e de todas as deficiências no que tange à efetivação do juiz natural em sede de execução penal, algumas propostas podem ser formuladas, no caminho do cumprimento do art. 5º, XXXVII e LIII, da CR/88, no processo penal executivo.

Todas as propostas levam em consideração a trilogia *fonte, anterioridade e ordem taxativa*, de modo a evitar, tanto quanto possível, manipulações e ingerências subjetivas na fixação do órgão execucional competente. Em outros termos, não se pode perder de vista que competência, no processo penal – seja ele de conhecimento ou executivo – é matéria reservada à lei. Mas não se trata de lei qualquer, mas sim de lei vigente no momento da prática dos fatos e que, de forma objetiva, conduz a um único órgão competente, evitando manipulações, escolhas discricionárias e quebra da isonomia na fixação do juiz natural.

No âmbito da competência execucional originária dos órgãos de sobreposição (STF e Tribunais Superiores) e dos Tribunais de segundo grau, em que pese a existência – na maioria dos casos –, de regra expressa contemplando o juiz natural executivo, o ideal seria uniformizar as regras existentes, de modo a evitar disparidades quanto à fixação do órgão competente.

No STF, como visto, a competência execucional é do ministro relator do processo de conhecimento, enquanto que no STM, a execução compete ao

descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988.” Ainda sobre o tema: COUTINHO, J. N. M. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-147; CHOUKR, F. H. As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal. In: _____. **Estudos do Processo Penal: O Mundo à Revelia**. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115. E mesmo quando existem propostas de alterações globais, algumas insuficiências se verificam. No caso do juiz natural em sede de execução da pena privativa de liberdade, verifica-se que o PLS 513/2013, que contém diversas propostas modificativas da LEP, mantém tudo como sempre esteve em relação à competência. Na proposta, a redação que se pretende conferir ao art. 65, da LEP, é a seguinte: "*A execução da pena privativa de liberdade competirá ao Juízo indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença condenatória; a da pena não privativa de liberdade, da medida de segurança diversa da internação, a da pena alternativa e a da pena de multa, não cumulativa, competirão ao Juízo da condenação. Parágrafo único (inclusão) – As organizações judiciárias, federal e a do Estado, poderão instituir juízos especializados para a pena alternativa à prisão e para a medida de segurança não privativa de liberdade, mas a pena de multa, não cumulativa, será sempre da competência do juízo da condenação*". Como se vê, nenhuma modificação substancial se pretende quanto à competência para a pena privativa de liberdade, mantendo-se na íntegra os problemas e deficiências anteriormente apresentados.

ministro presidente da corte. Nos Tribunais de Justiça, a variação das regras é tamanha que sequer se consegue extrair o critério prevalente de repartição de competência. Por vezes, competente para a execução é o órgão especial; em outros casos, é o desembargador relator; em outros casos, o presidente do tribunal.

Ainda que a disparidade de critérios possa ser compatível com a garantia do juiz natural, fato é que a uniformização das regras de competência executiva originária contribui não apenas para a efetividade da garantia, como também para a redução da insegurança jurídica.

Além disso, nos Tribunais em que a competência executiva originária se exercita monocraticamente (v.g., no STF, em que o processo de execução é de competência do ministro relator do processo de conhecimento), viola-se a regra da colegialidade, criando-se um contrassenso insuperável: o processo de conhecimento é de competência colegiada, enquanto que o processo de execução – momento em que o dever de punir do Estado é efetivamente exercitado –, é de competência singular.

Mesmo que se reconheça a urgência intrínseca das decisões que envolvem o processo executivo, o caso é de se cogitar, ao menos, em mecanismos de ratificação colegiada das decisões tomadas monocraticamente em sede de execução penal, como ocorre, por exemplo, em relação às concessões de liminares.

Perceba-se que a questão não é mero diletantismo. Afinal, se um dos objetivos da existência de órgão colegiado é permitir o câmbio de ideias na formação do comando decisório, possibilitar que todo o processo de execução penal originária tramite monocraticamente representa, em realidade, violação não apenas da colegialidade, mas do juiz natural, pois as decisões definitivas, em órgãos colegiados, não devem ser tomadas por um único magistrado⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Com adaptações, a questão foi sintetizada em precedente do STJ: "A partir da visão ontológica do funcionamento dos Tribunais, tem-se como regra as decisões colegiadas. Entretanto, pela necessidade de

Assim, a proposta, relativamente ao juiz natural do processo de execução penal originário – em quaisquer dos Tribunais –, caminha no sentido de que a competência seja do desembargador ou ministro relator da condenação, devendo a decisão singular ser submetida à confirmação pelo órgão colegiado competente, que exerceu jurisdição no processo de conhecimento.

Relativamente aos processos de execução penal de primeira instância, que representam a extragrande maioria dos casos em trâmite no país, a realização de mudanças quanto à compreensão e efetividade da garantia do juiz natural é premente.

Em realidade, segundo o atual estado-da-arte que rege a competência executiva em primeiro grau, o juiz natural executivo pode ser alterado a qualquer tempo, à revelia de qualquer critério legal e inclusive através de ato administrativo penitenciário. Basta que se realoque o preso em outro estabelecimento prisional.

Nesse contexto, a superação da ineficácia do juiz natural transita, dentre outros fatores, pelo abandono da lógica segundo a qual a competência é determinada pela natureza do estabelecimento em que se cumpre a pena.

Segundo essa premissa, um caminho possível de efetividade do juiz natural executivo consiste em tornar principal o critério subsidiário positivado na regra do art. 65, da LEP.

Nesse sentido, competente para o processo executivo da pena privativa de liberdade será o juiz natural do processo de conhecimento, independentemente de alterações fáticas (v.g. transferência de presos) no decorrer da execução penal. Essa solução, inclusive, é aquela adotada na execução das penas privativas de

dar-se maior velocidade na tramitação dos feitos, estabelecem os regimentos internos poderes para os relatores agirem isoladamente. O relator age, então, como delegado do colegiado. Quando a parte não se conforma com o ato isolado do relator, não se pode furtrar dela a oportunidade de chegar ao juiz natural, o colegiado. Se assim não for, estar-se-á dando ao delegado poderes absolutos, tornando irrecurável o seu agir, omitindo-se o colegiado de julgar." (STJ- AgRg no MS 11.961, Rel. Min. Félix Fischer, J. 16.5.2007)

liberdade da justiça militar, em que competente em sede executiva é o juiz-auditor.

Essa possibilidade apresenta alguns pontos positivos.

Em primeiro lugar, permite que a competência para o processo executivo seja firmada seguindo os mesmos critérios de fixação do juiz natural do processo de conhecimento, garantindo maior certeza na definição da competência executiva.

Em segundo lugar, torna o processo de execução mais célere, na medida em que haverá um único órgão competente para os processos de conhecimento e executivo, ganhando-se em efetividade na tutela jurisdicional, seja do ponto de vista da minoração de burocracias na remessa e formação do processo de execução perante outro juízo, seja pelo fato de que o juiz com prévio conhecimento do caso penal irá decidir as questões na execução da pena.

Há, em tese, objeções que podem ser formuladas a esse critério de fixação de competência. Mas todas podem ser contornadas.

A primeira objeção reside na mencionada inexistência de uniformidade nas decisões de primeiro grau em sede de execução penal, o que poderia contribuir para a instabilidade dos presídios e potencializar insegurança da vida no cárcere. Porém, a própria sistemática atual permite que existam, em um mesmo estabelecimento, presos cujos processos tramitam em juízos distintos.

Ademais, a questão pode ser contornada mediante a especialização, nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, de turmas ou câmaras para tratarem de matéria executiva penal, uniformizando as principais matérias relativas a benefícios, direitos, deveres e garantias dos presos, de modo a evitar qualquer tipo de instabilidade penitenciária.

Outra questão, essa de resolução mais complexa, diz com possíveis condenações provenientes de órgãos jurisdicionais distintos, em que se faz necessária a unificação do processo executivo⁶⁰¹.

Suponha-se um cidadão, acusado em dois processos distintos, um em trâmite na justiça federal, outro na justiça estadual. Ao final dos processos, o acusado é condenado em ambos os casos, a penas privativas de liberdade superiores a 8 (oito) anos, fixando-se o regime inicialmente fechado para o cumprimento das sanções penais.

Nessa hipótese, há de se ter critérios para a determinação da reunião de processos de execução penal, para o cumprimento unificado das penas, bem como para a análise de benefícios como a remição, detração, ou mesmo para o eventual reconhecimento de continuidade delitiva (v.g. art. 111, da LEP e art. 82, segunda parte, do CPP).

Nesse ponto, duas soluções seriam possíveis, sempre em plena atenção ao princípio do juiz natural.

A primeira delas consistiria em determinar a competência executiva pela prevenção, em moldes análogos à regra do art. 83, do CPP. Nesse sentido, o juiz competente, na formação de processo executivo unificado, seria o juiz que, por primeiro, praticou um ato de cunho decisório em sede de processo de execução penal. A solução atenderia perfeitamente a lógica da garantia constitucional, evitando-se escolhas discricionárias de órgão competente.

A segunda solução consistiria em determinar a reunião de processos pelos mesmos critérios da unificação pela conexão ou continência.

⁶⁰¹ Na atualidade, a formação de processo único é determinada pelo juízo do local de cumprimento da pena: "Quando o réu é condenado em dois estados diferentes, e unificadas as penas, é competente para a execução o juízo do local onde o sentenciado cumpre a reprimenda." (STJ - CC 103.228, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3.9.2009). Essa orientação incide mesmo nas hipóteses em que o cidadão cumpre pena em presídio estadual e, posteriormente, sobrevém sentença condenatória proferida por juiz federal: "Iniciada a execução de pena imposta pela Justiça estadual em estabelecimento prisional estadual, é ao Juízo das Execuções do Estado que caberá proceder à soma/unificação de penas em virtude de superveniente condenação do mesmo réu pela Justiça Federal." (STJ - CC 142.848, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 29.9.2015). No mesmo sentido: STJ - CC 38.920, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26.3.2007.

Assim, exemplificativamente, caso um cidadão fosse condenado pela 1ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba/PR, a uma pena de 15 (quinze) anos de reclusão e, posteriormente, fosse condenado a 7 (sete) anos de reclusão, por roubo, na 3ª Vara Criminal de Curitiba/PR, a unificação do processo de execução ocorreria perante o juiz presidente da vara do tribunal do júri (art. 78, I, do CPP). Em outro exemplo, na hipótese de condenações pela justiça federal e estadual, a unificação do processo executivo ocorreria perante o juiz federal sentenciante (Súmula 122, do STJ).

Nas duas propostas não se nega a possibilidade da transferência de presos. Mas ainda que a transferência ocorra, ela não implicará modificação de juiz natural. Ou seja, altera-se – ou pode-se alterar – o presídio, mantendo-se o juiz natural executivo, em respeito à CR/88⁶⁰².

E ainda que se caminhe na defesa de que o juiz competente para a execução em primeiro grau deve ser o mesmo da sentença condenatória, não se nega a possibilidade de prestigiar a lógica que orientou a LEP, no sentido de especializar, sempre que possível, varas de execução penal em primeiro grau⁶⁰³.

Mas, diferentemente do que ocorre na atualidade, seria igualmente necessário abandonar a lógica da modificação de competência segundo a natureza do estabelecimento prisional. Além disso, haveria de se criar critérios objetivos de repartição de competência e de unificação de processos perante as varas especializadas, em caso de condenações por juízos distintos.

A concretização do juiz natural, nos casos de varas especializadas, poderia decorrer de prévia fixação de competência executiva, por exemplo, segundo a natureza do crime ou o *quantum* de pena. Obviamente, a eleição do critério deve, sempre, vir acompanhada de lei prévia e estrita que lhe dê guarida, vedando-se assim a modificação discricionária de órgão competente.

⁶⁰² Mesmo que se pudesse admitir a modificação de competência pela transferência de preso, necessária seria a criação de critérios legais objetivos em que isso pudesse ocorrer, de modo a tornar excepcional a alteração de órgão jurisdicional competente.

⁶⁰³ Nesse caso, a objeção em torno da inexistência de uniformidade das decisões, relativamente a presos recolhidos em um mesmo estabelecimento, desapareceria.

Ademais, na concomitância de condenações perante a justiça federal e a justiça estadual, por exemplo, a unificação poderia levar em consideração a gravidade do crime, segundo a pena concretamente fixada⁶⁰⁴. Ou, ainda, poder-se-ia seguir os critérios de reunião de processos de conhecimento previstos no CPP, relativamente à conexão e continência, prevalecendo a competência da justiça federal em relação à justiça estadual (Súmula 122, do STJ).

Finaliza-se a presente análise na certeza de que, como estão, as coisas não podem permanecer. Soluções para a efetivação de garantias constitucionais na execução penal existem, bastando, para tanto, vontade política e reconhecimento de que nos presídios, delegacias, cadeias públicas e *contêineres* estão encarcerados cidadãos, que a par de condenados (ou presos cautelarmente), não foram destituídos de seus direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

A pena e os presídios são problemas em si mesmos. Contudo, enquanto não há horizonte próximo que aponte para a abolição do cárcere, as estratégias devem seguir no sentido da radical redução da pena privativa de liberdade.

A questão carcerária, porém, pouco se resolve através do *jurídico*, pois depende, no mais das vezes, de vontade política e engajamento social, algo que se não tem em uma sociedade como a nossa, em que prevalece o senso comum, o individualismo extremado e o pouco caso com a alteridade.

⁶⁰⁴ Na atualidade, são pacíficos os precedentes no sentido de que a competência executacional penal não está atrelada à natureza do crime: "A competência para execução penal não se encontra atrelada à natureza do delito praticado, tampouco à categoria do juízo processante, mas sim à jurisdição a que se encontra subordinado o estabelecimento penal de custódia." (STJ - CC 93.777, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 1.10.2008 e STJ - CC 147.591, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22.8.2016)

Ainda assim, não se pode desistir de utilizar o direito – expressão por excelência do *jurídico* – como mecanismo propulsor de efetivação das garantias individuais em todas as esferas, inclusive na execução penal. O caminho, como sintomático, não é simples, mas transita pelo abandono do punitivismo desmedido, exacerbado, desproporcional.

No que toca à criminalização primária, premente é a necessidade de redução da quantidade de tipos penais incriminadores, resgatando-se a função subsidiária, fragmentária e de intervenção mínima confiada ao direito penal. Há ainda de se reconhecer que o sistema punitivo só tem algum sentido e efetividade – para além da pura e irrefletida retribuição e neutralização – se as penas forem curtas, de modo a se permitir que sejam efetivamente cumpridas. Por outro lado, aumentar desmesuradamente as penas implica, tão somente, potencializar o efeito destrutivo do cárcere, inviabilizando cada vez mais a estrutura da execução penal.

No âmbito da criminalização secundária, há de se fomentar mecanismos de efetiva individualização da pena, o que se não consegue quando o preso é relegado à própria sorte dentro dos presídios, não raro ingressando intramuros como furtador e saindo de lá como homicida, latrocida ou integrante de facção criminosa.

Mas nada disso se efetiva fora do ambiente publicístico do processo penal executivo e de suas correlatas garantias individuais. A história comprova que a jurisdicionalização da execução tem o condão de expandir a eficácia de direitos dos presos, ainda que se não possa crer que seja ela – a jurisdicionalização – o remédio definitivo para as mazelas carcerárias.

Se um dos pontos de partida à tutela efetiva dos direitos dos presos consiste na jurisdicionalização executiva, é necessário saber de qual processo se trata. E caso se pretenda partir de uma matriz democrática e constitucional, a execução penal deve ser balizada pelo princípio dispositivo, cerne do sistema acusatório.

Não é isso que ocorre, porém, no Brasil, em que se segue com um processo de execução penal jurisdicionalizado, mas orientado pelo princípio inquisitivo. Basta, para que se comprove a inquisitorialidade executiva, falar sobre os poderes discricionários (ainda!) exercidos pela administração penitenciária – e em largos espaços chancelados pelo Judiciário –, via de regra à margem da legalidade, em nome da manutenção da ordem e da disciplina.

O cenário não sofrerá câmbio significativo enquanto se não internalizar, em sua máxima extensão, a lógica pela qual o Poder Judiciário é o garantidor dos direitos individuais, mormente daqueles que se encontram com a liberdade de ir e vir transitoriamente limitada, porém que não foram destituídos de seus direitos fundamentais outros, a começar pela dignidade humana.

Nessa senda, um dos princípios a que sistematicamente se nega vigência em sede executiva – mas não só nela – é o do juiz natural, positivado como direito e garantia individual do cidadão no art. 5º, XXXVII e LIII, da CR/88.

Na evolução histórica, vê-se que a naturalidade do juízo busca efetivar postulados de legalidade, irretroatividade e isonomia em sede processual, vinculando-se ainda à independência e imparcialidade jurisdicionais. Em termos práticos, juiz natural é aquele prefixado taxativamente por lei vigente no momento da prática dos fatos a serem julgados, de modo a se evitar manipulações – por quem quer que seja – do órgão jurisdicional competente.

No Brasil, porém, a história da positivação desse princípio é a história de sua inefetividade.

No processo penal de conhecimento, nunca se levou a sério a garantia, permitindo-se – ou pela via interpretativa, ou por pura e simples alterações legislativas – subtrair das partes o seu juiz natural, pelas mais variadas razões e objetivos.

No processo de execução penal, a situação é ainda pior. No limite, sequer há uma teoria do juiz natural aplicável ao processo de execução penal. Os

critérios legais existentes – e as interpretações conferidas a eles – são anêmicos e insuficientes para se garantir que a competência executiva seja definida por lei taxativa e anterior aos fatos, mantendo-se um único órgão jurisdicional competente para o processo de execução.

Na prática, pode-se alterar o juiz natural executivo a qualquer tempo, mediante singela transferência de preso de um estabelecimento prisional a outro. A inexistência de uma sólida disciplina legal de concretização da competência executiva demanda soluções.

No campo propositivo, uma das possibilidades de respeitar a competência execucional segundo os planos da fonte, temporal e ordem taxativa, consiste em tornar competente para o processo executivo o juiz da sentença. Adotando-se os mesmos critérios (funcional, territorial e material) do processo de conhecimento para a concretização do juiz natural da execução penal, ganha-se não apenas em termos de eficácia ao art. 5º, XXXVII e LIII, da CR/88, mas também em termos de celeridade e qualidade na prestação jurisdicional, pois o juiz da condenação terá, como regra, mais conhecimento do caso penal submetido à execução.

Enfim, sendas para efetivar os direitos dos presos há. E um dos caminhos transita por garantir que se saiba, *ex ante*, qual será o órgão jurisdicional com competência executiva. Trata-se, no fundo, de respeitar a legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Nylson Paim de. Princípio do Juiz Natural. **Revista de Doutrina TRF-4**. v. 2, a. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/nylson_paim.htm. Acesso em 10.4.2017.

AGRÓ, Antonio; LIPARI, Nicola. La Giurisprudenza della Corte Costituzionale. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 198-205.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e Sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. **História das Prisões no Brasil**. v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 35-77.

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALBUQUERQUE, F. M. Xavier. Problemas Processuais da Execução Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. a. IV, n. 14 (jul./set. 1956), p. 79-93.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. **El Juez de Vigilancia Penitenciaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

_____. La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado: sus relaciones con la Administración Penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 39, fasc. 1, 1986, p. 75-88.

AMATO, Nicolò. **Diritto, Delitto, Carcere**. Milan: Giuffrè, 1987.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la Teoría del Estado de Derecho. **Rivista de Administración Pública**. 1961, n. 34, p. 11-51.

ANDRIOLI, Virgilio. La Preconstituzione del Giudice. **Rivista di Diritto Processuale**. V. XIX, 1964, p. 325-330.

ANTON ONECA, José. El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, 1965, p. 473-496.

_____. El Código Penal de 1870. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 23, fasc. 2, 1970, p. 229-252.

_____. Historia del Código Penal de 1822. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 18, fasc. 2, 1965, p. 263-278.

ARRUDA, Élcio. Prisões Federais. **Revista de Doutrina do TRF-4**. edição 36, 2010. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/elcio_arruda.html. Acesso em 20.5.2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008, p. 19-49.

_____. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Processo Penal**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **STJ erra ao exigir procuração em recurso no habeas corpus**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-25/gustavo-badaro-exigir-procuracao-recurso-hc-equivoco>. Acesso em 22.4.2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Rui. **Amnistia Inversa: Caso de Teratologia Jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1896.

BARREIROS, José Antonio. As instituições criminais em Portugal no Século XIX: subsídios para a sua história. **Análise Social**. v. XVI (63), 1980, p. 587-612.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Do Poder Disciplinar na Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades à Constituição Brasileira. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2 (arts. 5º a 17). São Paulo: Saraiva, 1989.

BELEZA DOS SANTOS, José. Os Tribunais de Execução das Penas em Portugal: razões determinantes de sua criação – estrutura – resultados e sugestões. **Boletim de Faculdade de Direito** (Suplemento XV), v. I. Coimbra, 1964, p. 287-335.

BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di Diritto Processuale Penale**. Settima Edizione. Milano: Giuffrè, 1982.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BOZZA, Fabio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRASIL. **II Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal**: enunciados. Conselho da Justiça Federal, Corregedoria Geral da Justiça Federal e Departamento Penitenciário Federal. Brasília: CJF, 2011.

BRASIL. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. **CPI – Sistema Carcerário Brasileiro**: Relatório Final. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed, rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Villeneuve, 1857.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 293-303.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Da Competência Para a Execução Penal dos Condenados que Cumprem Pena em Estabelecimento Federal**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13115-13116-1-PB.pdf>. Acesso em 20.4.2017.

CANO MATA, Antonio. Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso. **Revista de Administración Pública**. n. 76, 1975, p. 31-61.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 10ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. I. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Who Watches the Watchmen: a comparative study in judicial responsibility. In: In: SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules. (Editors). **Judicial Independence: The Contemporary Debate**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. Crisi della Giustizia Penale. **Rivista di Diritto Procesuale**. Padova, Cedam, 1958.

_____. **Istituzioni del Processo Civile Italiano**. 5º ed. Roma: Soc. Ed. del 'Foro Italiano', 1956.

_____. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. vols. I e II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1950.

_____. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. vols. I e II. Padova: Cedam, 1926.

_____. Lite e Funzione Procesuale. **Rivista di Diritto Procesuale Civile**. Padova, Cedam, 1928.

_____. **Principi del Proceso Penale**. Napoli: Morano, 1960.

_____. **Proceso Civil de Cognición**. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1952, p. 67.

CARROLL, Leo. **Lawful Order**: A case study of correctional crisis and reform. New York: Taylor and Francis, 1998.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Art. 5º, LXV**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SALRLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: _____. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 417-427

_____. Execução da Pena e Sistema Acusatório: Leitura desde o Paradigma do Garantismo Jurídico-Penal. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Processual Penal**: Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 211-226.

_____. **Pena e Garantias**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: _____. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-28.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Controle de Legalidade na Execução Penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CATELANI, Giulio. **Manuale Dell'esecuzione Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

CAVALCANTE, Luiz Alberto Moro. A Execução da Pena na Justiça Militar de São Paulo. In: GERALDI, Orlando Eduardo (Coord). **Coletânea de Estudos de Direito Militar**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. v. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Modificações na Competência da Justiça Militar e o Princípio do Juiz Natural (Apontamentos Sobre a Lei 9.299/96). **Revista dos Tribunais**, a. 86, v. 735 (jan.1997), p. 445-457.

CESANO, José Daniel. **Derecho Penitenciario**: aproximación a sus fundamentos. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal. In: _____. **Estudos do Processo Penal**: O Mundo à Revelia. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115.

_____. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Departamento de Fiscalização e Monitoramento. **Mutirão Carcerário Realizado no Estado do Paraná: Relatório Geral**. Brasília, 2010.

_____. **Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal**. Brasília: 2009

CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986.

_____. **Procedimiento Penal**. t. I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Themis, 2000.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. Algunas Cuestiones Relativas al Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 10 (may-ago. 2010), p. 89-111.

CORREIA, Eduardo. A Evolução Histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LIII, 1977, p. 51-310.

_____. **Direito Criminal**. v. I. reimp. da 1ª ed. de 1963. Coimbra: Almedina, 2007.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, n. 188, jul. 2008, p. 12.

_____. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-147.

_____. Glosas ao *Verdade, Dívida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais**. a. 4, n. 14, 2004, p. 77-94.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

_____. Mettere il Pubblico – ad Anche il Giudice. **Boletim do IBCCRIM**, a. 17, n. 200 (jul.2009), p. 23-24.

_____. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: _____ (Coord). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001, p. 3-55.

_____. Punitivismo Desmedido e Ideológico (A Posição de Jörg Stippel). In: BUSATO, P. C. (Coord). **Questões Atuais do Sistema Penal: Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1-12.

_____. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 183 (jul./set. 2009), p. 103-115.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I (art. 1º a 5º, LXVII). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CRISTIANI, Antonio. **Manuale del Nuovo Processo Penale**. Torino: G. Giappichelli, 1989.

CRUZ, Flávio Antônio da. **Plano de Gestão das Corregedorias Judiciais das Penitenciárias Federais**. Justiça Federal: Corregedoria Geral da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, *s.d.*

CUELLO CALÓN, Eugenio. Sobre el Derecho Penal de la Postguerra. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 7, fasc. 2, 1954, p. 235-251.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il principio del ‘giudice naturale’ nel costituzionalismo della restaurazione in Francia e Italia. **Historia Constitucional** (Revista Electrónica), n. 3, 2002, p. 133-146.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência Originária para a Execução Penal. **Revista Jurídica**. a. 54, n. 341 (mar./2006), p. 79-96.

_____. **Competência Penal Originária** (uma perspectiva jurisprudencial crítica). São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. reimp. da 1ª ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. **Sujeitos Processuais: O Tribunal**. Texto de Apoio ao Estudo da Unidade Curricular de Direito e Processo Penal do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015/2016). Coimbra, 2015.

DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. El Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 11, n. 31 (enero/abril 1991), p. 75-123.

_____. Il Juez Ordinario Predeterminado por la Ley di cui all'art. 24, comma 2°, della Costituzione Spagnola. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 104-157.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paul: Atlas, 1991.

DI RONZA, Paolo. **Manuale di Diritto Dell'Esecuzione Penale**. Padova: Cedam, 1989.

DOTTI, René Ariel. **A Reforma Penal e Penitenciária**: anotações à Lei nº 6.416/77 e estudos de contribuição. *s.l.* Livraria Ghignone Editora, *s.d.*

_____. **As Novas Dimensões na Execução das Penas**. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo). Curitiba, 1975.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. **Pena Privativa de Liberdade**: fisionomia e questões. Tese Apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Recife, 1970.

_____. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ESCALADA LÓPEZ, Maria Luisa. El Derecho al Juez Legal en el Ordenamiento Constitucional Alemán. **Revista de Derecho**, v. XIX, n. 1 (jul. 2006), p. 179-204.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. v. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira**. Recife: Ordem dos Advogados do Brasil, 1982.

_____. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FASSONE, Elvio. **La Pena in Italia dall'800 alla Riforma Penitenziaria**. Bologna: Il Mulino, 1980.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 1, n. 3 (jul./set. 1993), p. 83-99.

_____. Reflexos Relevantes de um Processo de Execução Penal Jurisdicionalizado. **Justitia**, a. 56, n. 166 (abr./jun. 1994), p. 32-48.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed., rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

FODERARO, Salvatore. **Tutela Dell'ordine Pubblico e Ordinamento Penitenziario**: appendice alle 'istituzioni di diritto e procedura penale. Padova: Cedam, 1976.

FONSECA, André Gustavo Isola; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo; WEISS, Carlos; BARROS, Carmen Silvia de Moraes; MATSUSHITA, Elizabete; SOARES, Flávia D'Urso Rocha; MARQUES, Franciane de Fátima; CARVALHO, Geraldo Sanchez; THOMAZ, Inês; MENDONÇA, Marilda Watanabe de; BLAGITZ, Melissa Garcia; MUNERATTI, Rafael Ramia.

Considerações acerca da perda da remição prevista no artigo 127 da Lei de Execuções Penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 24, 1998, p. 93-98.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Estados, Poderes e Jurisdições: Modelos de Análise e a Experiência Brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 19-28.

FOSCHINI, Gaetano. Giudici in Nome del Popolo, non già Comissari del Capo della Corte. **Foro Italiano**, 1963, II, p. 167-178.

FOSSAS ESPADALER, Enric. Legislador y Derecho Fundamental al Juez Legal. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**. n. 2 (abr./2016), p. 1-31.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Advocacia da Liberdade**: a defesa nos processos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direitos dos Presos**: um problema de um mundo sem lei. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **História Breve do Constitucionalismo no Brasil**. Curitiba, 1970.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. I, t. I. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

GARCIA VALDES, Carlos. Derecho Penitenciario Militar: una Aproximación Histórica. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 39, fasc. 3, 1986, p. 771-835.

GARGALLO VAAMONDE, Luis. La Excarcelación de Presos con Victoria Kent. In: NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos; ITURRIAGA BARCO, Diego

(Coords.). **Actas del III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo**. Logroño: Universidad de La Rioja, 2012, p. 171-186.

_____. Prisión y Cultura Punitiva en la Segunda República (1931-1936). **Historia Contemporánea**. v. 44, 2012, p. 310-322.

GENNARO, Giuseppe; BONOMO, Massimo; BREDA, Renato. **Ordinamento Penitenziario e Misure Alternative all Detenzione**. Milano: Giuffrè Editore, 1977.

GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. **La Cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Poder Judiciário e Execução Penal: notas sobre a versão brasileira da teoria da não intervenção. CNJ. **Memórias: Workshop Nacional dos GMFs – Um Novo Olhar para a Execução Penal**. Brasília, 2016, p. 70-74.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. volume primo. Milano: Giuffrè, 1970.

GIANZI, Giuseppe. **L'incidente nella Esecuzione Penale**. Napoli: Morano, 1965.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. Madrid: Editorial Colex, 2007.

GIUNCHEDI, Filippo. **La Prova nella Giurisdizione Esecutiva**. Torino, UTET, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Penal**: conferências proferidas na Universidade de Madri nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira: Belo Horizonte, Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural. **Revista dos Tribunais**, a. 83, v. 703 (mai./1994), p. 417-422.

_____. **A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário**: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Maria Thereza Uille. Eficiência na Gestão e Direitos Humanos: Breve Ensaio sobre a Experiência que Levou à Redução da Superlotação Carcerária no Estado do Paraná. In: BUSATO, Paulo César. (Coord.). **Questões Atuais do Sistema Penal**: Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 373-381.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. **Novos Estudos Jurídicos**. a. VII, n. 14 (abr./2002), p. 9-68.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GREVI, Vittorio. Norme Modificatrici delle Circostrizioni Giudiziarie e Garanzia del Giudice Naturale Precostituito per Legge. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. a. X, fasc. 3 (luglio-settembre 1967), p.1010-1023.

GRINOVER, Ada. Pellegrini. A Exigência de Jurisdicionalização da Execução na América Latina. In: _____. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 7, n. 27. (jul./set. 1999), p. 71-79.

_____. Natureza Jurídica da Execução Penal. In: _____; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Orgs.). **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 5-13.

_____. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. In: _____. **O Processo em sua Unidade - II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-40.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemin. **O Mutirão Carcerário e o Princípio do Juiz Natural**. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Mutirao_Carcerario_e_Juiz_Natural. Acesso em 20.4.2017.

Habeas Corpus coletivo impetrado em favor dos “flanelinhas” – Parecer do Prof. Geraldo Prado. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/parecer-do-prof-geraldo-prado-sobre-o-habeas-corporis-coletivo-impetrado-em-favor-dos-flanelinhas/>. Acesso em: 22.5.2017.

HARTWIG, Matthias. Il *Gesetzliche Richter* di cui All’Art. 101, 1º Comma, 2ª Proposizione, del *Grundgesetz*. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 82-103.

HESPANHA, A. M. Da 'Iustitia' à 'Disciplina': Textos, Poder e Política Penal no Antigo Regime. In: _____. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: FCG, 1993.

_____. Porque é que Existe e em que é que Consiste um Direito Colonial Brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. v. 35, t. I (2006), p. 59-81.

HEYDE, Wolfgang. La Jurisdicción. In: BENDA; Ernesto *et al.* **Manual de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. 3ª ed., rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LADRÓN DE GUEVARA, Juan Burgos. Concepto del Juez Ordinario en el Derecho Español. **Justicia**: Revista de Derecho Procesal, n. 1 (1990), p. 77-99.

_____. El Juez Ordinario Predeterminado por la Ley (1ª parte). **Revista General de Legislacion y Jurisprudencia**. a. CXXXVIII, n. 3 (may./jun. 1989), p. 795-834.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**: o Município e o Regime Representativo no Brasil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 371-406.

LUDER, Italo A. **La Política Penitenciaria**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, *s.d.*

LUKENS, Joseph T. The Prison Litigation Reform Act: three strikes and you're out of court – it may be effective, but is it Constitutional? **Temp. Law Review**, v. 585, 1997, p. 471-478.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. t. I (fundamentos). 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. 1. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **A Reforma do Poder Judiciário**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Da Competência em Matéria Penal**. 1ª ed. rev. atual. e compl. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1961.

_____. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

MARRONE, José Marcos. Há jurisdição na execução penal? **Revista Justitia**. São Paulo, a. 44, nº 116 (jan/mar), 1965, p. 82-96.

MARSICH, Piero. **L'escuzione Penale**: saggio introduttivo. Padova: Casa Editrice Dott. A Milani, 1927.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELLO FREIRE, Pascoal José de. **Ensaio do Código Criminal**. Lisboa: Ed. Miguel Setaro, 1823.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed.ev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Décimo Congresso Penal e Penitenciário Internacional Realizado em Praga em Agosto de 1930. Sessões e Resoluções. Relatório do Prof. Cândido Mendes de Almeida. Contribuições do Brasil. Sessões e Resoluções da Conferência Penal e Penitenciária Brasileira Realizada no Rio de Janeiro em Junho 1930**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de Direito Penitenciário**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. O Direito Penitenciário: importância e necessidade de seu estudo. **Revista de Informação Legislativa**. v. 7, n. 28 (jan./mar. 1971), p. 93-106.

_____. Panorama da Política Penitenciária Nacional. **Revista de Informação Legislativa**. a. 16, n. 63 (jul./set. 1979), p. 209-254.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo Penal**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. *In*: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 283-292.

NOBILI, Massimo. Il Giudice nella Società Contemporanea ed i Criteri di Assegnazione delle Cause. **Rivista di Diritto Processuale**. 1974, p. 77-99.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª ed., 2ª tir., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUVOLONE, Pietro. Processo Penale: legalità, giustizia e difesa sociale. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 11, n. 0 (1968), p. 7-17.

O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em 22.5.2017.

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA. v. XXIII. t. III. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, João Bosco. **A Execução Penal**: uma Realidade Jurídica, Social e Humana. São Paulo: Atlas, 1990.

OLIVEIRA, Ricardo Rachid de. **Introdução à Aplicação da Norma Penal no Tempo**: especial ênfase à denominada combinação de leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORTEGA LLORCA, Vicente. El Juez de Vigilancia. **Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca**. v. 1 (1982), p. 191-198.

PACHECO, Cláudio. **Tratados das Constituições Brasileiras**. v. XI. Rio de Janeiro: [s.e.], 1965.

PADOVANI, Tulio. **L'Utopia Punitiva**. Milano: Giuffrè, 1981.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena & Execução Penal**: Uma Introdução Crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Fernando. A Execução Penal na Justiça Militar de São Paulo: Questões Controversas – Apontamentos e Jurisprudência. In: GERALDI, Orlando Eduardo (Coord). **Coletânea de Estudos de Direito Militar**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012.

PEREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Marcos Fernando Theodoro. Execução Penal na Justiça Militar Estadual. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton

Garcia da (Coord). **Direito Militar**: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 588-598.

PISANI, Mario. La Garanzia del 'Giudice Naturale' nella Costituzione Italiana. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. a. IV, fasc. 2, 1961, p. 414-428.

_____. **Problemi della Giurisdizione Penale**. Padova: cedam, 1987.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4ª ed. Padova: Cedam, 1985.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Execução Penal. **Revista dos Tribunais**. a. 76, v. 623 (set. 1987), p. 257-263.

PIZZORUSO, Alessandro. Il Principio del Giudice Naturale nel suo Aspetto di Norma Sostanziale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. a. 29 (1975), p. 1-17.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. t. V. 3ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borosi, 1960.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO, Fernando de Albuquerque. **Estudos e Questões de Processo Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 407-415.

_____. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRITCHETT, C. Herman. **La Constitución Americana**. Buenos Aires: Tipografica Argentina S. A., 1965.

PROJETOS E ANTEPROJETOS DE CÓDIGO PENITENCIÁRIO. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RENOUX, Thierry S. Il Principio del Giudice Naturale nel Diritto Costituzionale Francese. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 158-197.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. **Jurisdiccion e Independencia Judicial.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

RIEWE, Julie M. The Least Among Us: Unconstitutional Changes in Prisoner Litigation under the Prison Litigation Reform Act of 1995. **Duke Law Journal**. v. 47, n. 1 (oct., 1997), p. 117-160.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La Cuestión Carcelaria:** Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ROBERTSON, James E. The Jurisprudence of the PLRA: inmates as ‘outsiders’ and the countermajoritarian difficulty. **The Journal of Criminal Law and Criminology**. vol. 92, n. 1/2 (2001/2002), p. 187-210.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade.** São Paulo: IBCCrim, 2000.

_____. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** v. 3 (1910-1926): doutrina brasileira do habeas corpus. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROMBOLI, Roberto. **Il Giudice Naturale**: Studio sul Significato e la Portata del Principio nell'Ordinamento Costituzionale Italiano. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. Teoria e Prassi del Principio di Precostituzione del Giudice. **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, n. 66, 1993, p. 28-81.

RUIZ VADILLO, Enrique. La Ejecución de las Penas Privativas de Libertad, bajo la Intervención Judicial. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. 32, fasc. 1 (1979), p. 15-44.

RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial**. reimp. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTORO, Arturo. **L'escuzione Penale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1953.

SANTOS, Cássio Roberto dos. Mutirão Carcerário e Juízo de Retratação. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. n. 171 (2009), p. 7-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207-267.

SCHMIDT, A. Z. Hermenêutica na Execução Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 38, a. 9. abril-junho 2002, p. 84-121.

SCHOENFELD, Heather. Mass Incarceration and the Paradox of Prison Conditions Litigation. **Law & Society Review**. v. 44, n. 3/4 (sept./dec. 2010), p. 731-767.

SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de Funções e o Juiz Natural. Trad. Nelson Nery Junior. **Justitia**. São Paulo, a. 49, v. 139 (jul./set. 1987), p. 37-46.

SILVA, Adhemar Raymundo da. **Estudos de Direito Processual Penal**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRACUSA, Francesco. **Istituzioni di Diritto Penitenziario**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935.

STEPHEN, Ninian M. Judicial Independence – A Fragile Bastion. In: SHETREET, Shimon; DESCHÊNES, Jules. (Editors). **Judicial Independence: The Contemporary Debate**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. **Sucessão de Leis Penais**. 2ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TAORMINA, Carlo. **Giudice Naturale e Processo Penale**. Roma: *s.e.*, 1972.

_____. Procedimento Direttissimo, Procedimento Immediato e Giudice Naturale. **Foro Italiano**. 1972, II, p. 409-426.

TAPPAN, Paul W. The Legal Rights of Prisoner. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 293 (May, 1954), p. 99-111.

TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARTAGLIONE, Girolamo. Le Funzioni del Giudice di Sorveglianza. **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, numero speciale, 1990, p. 345-362.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. **Escoço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. v. II. Forense: Rio de Janeiro, 1959.

TORON, Alberto Zacharias. **É necessário ter procuração para interpor recurso ordinário em HC?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-22/alberto-toron-necessaria-procuracao-interpor-recurso-ordinario-hc>. Acesso em 22.4.2017.

TOURINHO FILHO, F. C. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 2. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo Penal**. v. 2. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Juiz Natural, Competência Recursal, Preclusão *Pro Judicato*, Violação de Literal Disposição de Lei e Ação Rescisória. **Revista dos Tribunais**, a. 94, v. 838 (agosto 2005), p. 133-148.

_____. Juiz Natural e Competência em Tribunal. **Revista dos Tribunais**, a. 88, v. 765 (jul. 1999), p. 97-107.

_____. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

TURNER, William Bennett. Establishing the Rule of Law in Prisons: A Manual for Prisoner's Rights Litigation. **Stanford Law Review**. v. 23, n. 3 (Feb., 1971), p. 473-518.

VASSALI, Giuliano. Introduzione. In: GARLATI, Lorena (Coord.). **L'inconscio Inquisitorio: L'eredità del Codice Rocco la Cultura Processualpenalistica Italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 9-22.

_____. O Código Rocco. **Revista de Direito Penal**. nº 27, jan.-jun. 1979, p. 54-67.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho Procesal Penal: la realización penal**. t. I (conceptos generales). Buenos Aires: Culzoni Editores, 2004.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. t. I. 3ª ed. 2ª reimp. actual. Cordoba: Editorial Cordoba, 1986.

VOGELMAN, Richard P. Prison Restrictions – Prisoner Rights. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 59, n. 3 (sep., 1968), p. 386-396.

WAGNER, Francisco Sosa. Administración Penitenciaria. **Revista de Administración Pública**. n. 80, 1976, p. 83-125.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1 (Teoria Geral do Direito Penal). Rio de Janeiro: Revan, 2003.