HENRIQUE DE CASTILHO JACINTO

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

HENRIQUE DE CASTILHO JACINTO

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração DPC – Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

Nome: JACINTO, Henrique de Castilho

Título: O Princípio do Juiz Natural no Processo de Execução da Pena

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

À minha mãe, Therezinha, por todo amor, dedicação e abdicação, dedico esta e todas as conquistas de minha vida, as passadas e as que virão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Deus, meu Mentor e minha fonte de energia, que sempre me guia pelo caminho do bem.

Agradeço aos meus irmãos, André e Rogério, simplesmente por saber que sempre estarão ao meu lado, tantas vezes quantas eu precisar.

Aos meus sobrinhos, Felipe e Laura, crianças lindas, alegria constante na casa da “vovó” e nas nossas vidas.

Aos meus avós, Benedito (“in memoriam”) e Eunice, carinhosamente “Vô Dito” e “Vó Nicinha”, pelas lembranças de uma infância feliz.

À Sabrina, pela compreensão e carinho.

Aos meus colegas de mestrado da FADUSP, aventureiros em uma mesma jornada, em especial Marcelo Vinicius Vieira e Isac Barcelos Pereira de Souza, amigos desde os estudos para a prova admissional, que compartilharam angústias e felicidades durante todo esse período. Igualmente, a Renan Barboza de Faria por toda a ajuda.

Aos meus amigos da graduação na FADUSP, os quais me dão o privilégio de, passados tantos anos, continuar com a convivência, ainda que esporádica, na qual parecemos todos meninos, na feliz ilusão de que o tempo não passou.

Aos meus colegas Juízes de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em especial Dra. Helena Campos Refosco, Juíza exemplar, estudiosa, comprometida, vocacionada, minha grande amiga de muitos anos, uma irmã que a vida me permitiu escolher e que tanto me ajuda, sempre.

A todos os Juízes de Direito atuantes em Varas de Execução Penal, com os quais me solidarizo nessa incansável luta por um processo de execução penal mais célere e humanizado, buscando o equilíbrio entre as

funções punitiva e ressocializadora da pena privativa de liberdade, com a plena consciência de que são vidas que estão sob nossos cuidados.

Aos meus colegas Juízes de Direito da Comarca de Araçatauba/SP, em especial aos juízes auxiliares Dra. Camila Paiva Portero e Dr. Pedro Siqueira de Pretto por todo suporte.

Agradeço à Escola Paulista da Magistratura, nosso ambiente de estudo, que sempre me abriu as portas.

Agradeço, por fim, a todos àqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para que eu me tornasse o homem que sou.

“Quem abre uma escola, fecha uma prisão” (Autor desconhecido)

RESUMO

JACINTO, Henrique de Castilho. *O Princípio do Juiz Natural no Processo de Execução da Pena.* 2017. 182 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Ao analisar a incidência do Princípio do Juiz Natural no Processo de Execução Penal, é possível identificar a importância de outras normas constitucionais neste processo. Assim, as regras de competência do processo de execução penal têm que ser compatibilizadas com outros valores expressos no ordenamento jurídico brasileiro, em uma interpretação com base na ponderação dos direitos em conflito, sempre preservando, o mínimo, de cada qual. Imperioso o desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos para criação de um processo de execução penal mais célere e humanizado, com a necessária diminuição da superlotação carcerária.

Palavras-chave: Execução Penal. Competência. Princípio do Juiz Natural. Conflito de normas constitucionais. Flexibilização. Processo célere e humanizado.

ABSTRACT

JACINTO, Henrique de Castilho. *The Principle of the 'Natural Judge' in the criminal sentence enforcement process.* 2017. 182 p. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

When analyzing the incidence of the Principle of the "Natural Judge" into the criminal sentence enforcement process is possible to identify the importance of others constitutional norms in this process. Thus, the jurisdiction rules in the criminal sentence enforcement process must be reconciled with the others values expressed in the Brazilian legal framework, in an interpretation based on the weighting of conflicting rights, always preserving the minimum of each one. Compelling the creation of a new legal instruments for development for a faster and more humane criminal sentence enforcement process, with the necessary reduction of prison overcrowding.

Keywords: Criminal sentence enforcement. Jurisdiction. Principle of the "Natural Judge". Conflict of constitutional rights. Flexibility. Faster and Humanized process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 19

1. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL 25

1.1. Evolução histórica. 26

1.2. No direito brasileiro 28

1.3. Conceito de Juiz Natural. 31

1.3.1. A dupla face do princípio do juiz natural. 34

1.3.2. Direito intertemporal. 37

1.3.3. Poder de comissão, poder de atribuição e poder de evocação. 38

1.4. Garantia de um juiz independente e imparcial. 39

1.4.1. Garantias constitucionais brasileiras ao juiz independente. 41

1.5. O princípio do juiz natural na legislação estrangeira. 42

1.5.1. França 42

1.5.2. Inglaterra 45

1.5.3. Estados Unidos 46

1.5.4. Portugal 48

1.5.5. Outros países. 48

1.6. O princípio do juiz natural nas normas de Direito Internacional 50

1.7. Questões práticas da aplicação do princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro. 52

1.7.1. Varas especializadas. 53

1.7.2. Desaforamento. 55

1.7.3. Foro por prerrogativa de função. 57

1.7.4. Conexão e continência. 61

1.7.5. Artigo 109, §5º, da Constituição Federal. Deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais. 63

1.7.6. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição para crimes praticados por organizações criminosas. 64

1.7.7. Câmaras, nos Tribunais de Justiça, compostas por juízes de primeiro grau de jurisdição. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 67

1.7.8. Promotor natural. 68

2. O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: conceito, natureza jurídica, princípios e casos práticos. 73

2.1. Conceito 73

2.1.1. Direito Penitenciário ou Direito da Execução Penal? 77

2.2. Natureza jurídica do processo de execução penal. 78

2.3. Princípios do processo de execução penal. 82

2.3.1. Princípio da legalidade. 83

2.3.2. Princípio do devido processo legal. 84

2.3.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa. 85

2.3.4. Princípio da publicidade. 87

2.3.5. Princípio da humanidade. 89

2.3.6. Princípio da individualização da pena. 93

2.3.7. Princípio da intranscendência. 95

2.3.8. Princípio da duração razoável do processo. 96

2.3.9. Princípio proporcionalidade. 100

2.3.10. Princípio do “numerus clausus”. 103

2.4. Questões práticas no processo de execução penal. 105

2.4.1. Exame criminológico. 106

2.4.2. Transferência internacional de pessoas condenadas. 109

2.4.3. Prisão domiciliar. 111

2.4.4. Monitoração eletrônica. 113

2.4.5. Processo de Execução Penal Provisória 116

2.4.6. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). 121

2.4.7. Remição de pena como forma de indenização. Voto no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 580.252 – Mato Grosso do Sul. Ministro Roberto Barroso. 123

2.4.8. Remição pela leitura e acréscimo para conclusão de curso profissionalizante. 126

3. A COMPETÊNCIA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL, O CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. 131

3.1. Conceito de princípios. 132

3.2. O conflito entre normas constitucionais e sua solução. 133

3.3. A competência no processo de Execução Penal 139

3.4. O princípio do Juiz Natural no Processo de Execução Penal. 145

3.5. Questões práticas. 152

3.5.1. Mutirões carcerários. 152

3.5.2. Súmula 192 do STJ. 154

3.5.3. Departamentos Estaduais de Execuções Criminais. 156

CONCLUSÕES 159

BIBLIOGRAFIA 173

INTRODUÇÃO

O processo de execução penal, muitas vezes marginalizado, passa a ter papel de destaque no cenário nacional.

A superpopulação carcerária é problema que atinge, praticamente, todo o território nacional. Pessoas vivendo em situação degradante, para além da própria degradação que o cárcere já implica.

Rebeliões, com mortes cruéis de detentos, alastram-se país afora. Precárias condições de higiene, ambiente insalubre, tudo acentuado em razão do superávit de pessoas presas.

Urge o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a mitigação dos problemas oriundos de uma execução penal lenta, em um Poder Judiciário sem estrutura para a demanda processual existente.

Necessários que se desenvolvam instrumentos para tentar minimizar os problemas do processo de execução penal, atribuindo-lhe maior eficiência na vertente julgamento célere, para que as decisões sejam proferidas em tempo adequado, respeitadas as garantias constitucionais e, quando houver conflito de direitos, seja escolhido o melhor caminho.

Sem sombra de dúvidas, com o julgamento rápido dos incidentes do processo de execução penal, o problema da superlotação carcerária será sensivelmente abrandado, o que represente grande importância para a sociedade atualmente.

As limitações que se apresentam não são poucas. O processo de execução penal, apesar de regulamentado por legislação especifica desde 1984, apresenta as mais inúmeras questões a serem enfrentadas, todas de crucial importância, vez que diz respeito a um dos mais valiosos direitos fundamentais do ser humano, qual seja, a liberdade.

Por sua vez, o aumento do número de pessoas encarceradas faz com que novas alternativas tenham que ser buscadas.

Importante destacar que um grande desafio é, não só impedir que o sentenciado fique preso para além da pena imposta, mas que tenha garantido no seu devido tempo a análise do benefício previsto, assim o livramento condicional, a progressão do regime, possibilitando que conquiste, gradativamente, a liberdade e seja beneficiado com a diminuição de pena quando cumprir os requisitos (v.g. remição).

Dentro desse panorama, passaremos a analisar a questão do princípio do juiz natural no processo de execução da pena.

No primeiro capítulo, vamos analisar o princípio do Juiz Natural que é previsto expressamente na Constituição Federal brasileira no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII.

Analisaremos sua origem história com as primeiras expressões tiradas da Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra, passando pelo seu melhor desenvolvimento com a Revolução Francesa, até sua atual presença nos mais diversos textos normativos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Então, analisaremos a evolução do princípio do juiz natural no direito brasileiro desde a Constituição do Império de 1824.

Traçaremos uma conceituação do princípio a partir dos conceitos trazidos pelos mais diversos doutrinadores, colocando as proposições positiva (juiz previamente competente) e negativa (vedação a tribunais de exceção) do princípio do juiz natural.

Esclareceremos a questão do direito intertemporal e os conceitos de poder de comissão, poder de atribuição e poder de evocação.

Falaremos da importância de um julgador independente e imparcial, o qual é garantido através do juiz natural. A necessidade para o Estado Democrático de Direito de um juiz equidistante e imparcial, que desempenha tão somente a função de julgar, havendo clara diferenciação entre os atores processuais que acusam, defendem e julgam, característica típica do sistema acusatório em contraposição ao sistema inquisitivo. Analisaremos as garantias constitucionais brasileiras para a independência da Magistratura.

Vamos desenvolver o tema do juiz natural no direito comparado, em sua expressão nos ordenamentos da França, Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha e, também, nas normas de direito internacional, sobretudo os tratados sobre Direitos Humanos.

Ao final do primeiro capítulo, vamos analisar questões práticas que digam respeito ao princípio do juiz natural no direito brasileiro.

Começaremos analisando a questão das varas especializadas, as quais se destinam ao julgamento de um tipo específico de matéria jurídica e, por si só, não representam violação do princípio do juiz natural. A questão que se coloca diz respeito à instalação da vara especializada posteriormente aos fatos, se há violação do juiz predeterminado por lei.

De igual forma, analisando as problemáticas referentes ao princípio do juiz natural, encerraremos o primeiro capítulo analisando os casos do desaforamento, do forro por prerrogativa de função, da conexão e continência, do incidente de deslocamento de competência (artigo 109, §5º, da CF), o julgamento colegiado em primeiro grau nos casos de crime organizado, a composição das câmaras no Tribunal por juízes de primeira instância convocados e, por fim, a questão do princípio do promotor natural.

No segundo capítulo, discutiremos o processo de execução penal, sua autonomia frente ao processo de conhecimento, bem como sua natureza jurisdicional diante dos valores protegidos no Estado Democrático de Direito, não cabendo mais a interpretação de que se trata de um processo com natureza administrativa ou mesmo mista.

O condenado não é tido como objeto do processo de execução penal, mas um sujeito de direitos e garantias que devem ser respeitadas no decorrer de toda a execução da pena, visando cumprir o comando contido na sentença condenatória (ou absolutória imprópria), não só na vertente punitiva, mas, sobretudo, com uma visão ressocializadora, embora dificultada pela triste realidade do sistema carcerário, em regra, superlotado no Brasil. Não se pode ter em mente a razão exclusivamente punitiva da pena.

Enfatizamos a importância de um processo de execução penal humanizado e célere que atenda aos princípios da dignidade humana e duração razoável do processo. Discutiremos o utópico princípio do “numerus clausus” que, em suma, defende métodos a serem adotados para que, em uma unidade prisional, o número de pessoas presas nunca ultrapasse o número de vagas, propondo que cada entrada de um condenado represente uma saída na penitenciária.

Na sequência, analisaremos questões práticas de execução penal, algumas das quais podem ser mais eficazmente utilizadas pelo operador do direito como instrumento desencarcerizador, sem que com isso signifique liberdade plena ao condenado (v.g. monitoração eletrônica), de modo a, ao menos, minimizar o problema da superlotação enfrentado atualmente. Discutiremos a proposta vanguardista do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal de remição “in natura” para os casos em que o condenado é submetido a condições degradantes no cárcere, a qual tem por base experiências no direito comparado, mas ainda não foi levada a julgamento pela Corte Maior.

No terceiro e último capítulo, vamos analisar a competência no processo de execução penal, as razões determinantes para se estabelecer seu “fator de coligamento” (local do estabelecimento prisional) e as consequências do mesmo ser mutável, ou seja, o “fator de coligamento” pode ser alterado no curso do processo de execução, alterando-se a competência.

Defenderemos a imperiosa necessidade de proposta legislativa que regulamente critérios gerais, abstratos e objetivos que determinem o estabelecimento prisional em que se iniciará o cumprimento de pena e, muito importante, a regulamentação legal das hipóteses de transferência de condenados de unidades prisionais, com consequente alteração da competência, passando a ser ato vinculado da Administração Penitenciária e não discricionário, sendo que casos não previstos em lei somente poderão ser determinados judicialmente, após o devido processo legal em incidente com este fim.

Verificado o conflito de normas constitucionais, será colocada a diretriz hermenêutica para sua solução, pautando-se na técnica da ponderação, e sempre preservando, ainda que minimamente, os direitos envolvidos.

Discutiremos especificamente o princípio do juiz natural no processo de execução da pena, sua incidência e a, eventual, flexibilização, mitigação, diante do conflito com outras normas constitucionais, quando, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, justifique-se tal solução.

Por fim, da mesma forma que nos demais capítulos, vamos analisar questões práticas que digam respeito ao princípio do juiz natural e o processo de execução penal, como os mutirões carcerários, a Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça e os recentes Departamentos de Execuções Criminais (Deecrim) instalados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O surgimento do princípio do Juiz Natural remonta ao direito inglês na Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra. Desde então, o princípio está presente nos mais diversos ordenamentos jurídicos por todo o mundo (França, Inglaterra, EUA, Portugal, Itália, Alemanha, Espanha, Brasil, dentre tantos outros).

Há, ainda, normais de Direito Internacional[1], algumas das quais o Brasil é signatário, que explicitam a exigência do Juiz Natural como garantia individual[2].

Atualmente, o princípio do Juiz Natural tem previsão expressa em dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, basta observar o artigo 5, incisos XXXVII[3] e LIII[4] do texto constitucional.

Essa preocupação do Constituinte, e do Legislador ordinário, em deixar expressa a necessidade do respeito ao Princípio do Juiz Natural, demonstra a importância que este princípio representa para a ordem jurídica democrática contemporânea, de respeito aos direitos e garantias.

---

[1] Dentre as disposições referentes ao Princípio do Juiz Natural nos Tratados e Acordos Internacionais, destacamos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos.

[2] Gustavo Badaró ensina que o Juiz Natural ora é tratado como direito, enquanto vantagem conferida pela norma constitucional declarando o direito de ser julgado por um juiz predeterminado por lei; ora como garantia, que assegura o julgamento por um juiz não seguramente parcial, porque determinado *ex post factum*, seja por escolhas discricionárias de órgãos diversos do Poder Legislativo, seja por leis retroativas que modifiquem o juiz competente segundo as normas vigentes no momento da prática delitiva (*in* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 101). Por esta razão, em alguns momentos falaremos em direito, em outros, garantia, não sendo incorreto, segundo ensinamentos do próprio citado professor, tratá-lo como "direito-garantia" (Andrés De La Oliva Santos – "Los verdaderos tribunales en España: legalidad e derecho al juez predeterminado por la ley. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. p. 116, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.* p. 100").

[3] Art. 5º, inciso XXXVII da CF: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

[4] Art. 5º, inciso LIII da CF: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

1.1. Evolução histórica.

O primeiro ordenamento jurídico a ser apontado como preconizador do princípio do juiz natural é a Magna Carta de 1215, do direito inglês, imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra. A previsão está contida em seus artigos 20, 21 e 39[5]. O primeiro traz uma regra de competência territorial, garantido o julgamento por órgãos e pessoas do local em que o delito foi cometido[6] (nenhuma multa seria lançada senão por decisão dos homens honestos da vizinhança). O artigo 21 dispunha que os condes e barões teriam que ser multados apenas por seus pares, da mesma forma que o artigo 39 estabelecia que ninguém seria preso, banido, molestado, condenado ou punido senão por seus pares e pela lei da terra.

Note-se que tais regras não tratam da proibição dos tribunais *post factum*. Esclarece Gustavo Badaró que "da *Magna Charta* de 1215 extrai-se apenas o direito ao *iudicium parium suorum*. Posteriormente, mas antes mesmo da legislação revolucionária francesa, já era possível encontrar, com clareza, no *Petition of Rights* de 1628 e *na Bill of Rights* de 1689, a vedação das comissões extraordinárias, bem como o direito ao julgamento *by the law of the land*"[7].

Todavia, a concepção de juiz natural mais próxima da atual surgiu do direito francês. Foi nele que o princípio mais se desenvolveu. Inclusive,

---

[5] Art. 20, MC: "Um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (...) e *nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante julgamento de homens probos da vizinhança*".

Art. 21, MC: "Condes e barões não serão punidos *senão por seus pares*, e em proporção à gravidade do seu crime".

Art. 39, MC: "Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (...) se não mediante *um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra*" Traduções extraídas de COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.* p. 46.

[6] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 135.

[7] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 44-45.

a expressão juiz natural (*juge naturel*) faz parte da cultura jurídica francesa do século XVI e XVII[8].

A França absolutista do *ancien régime* era marcada por um sistema político de concentração de todos os poderes decorrentes da soberania (legislar, julgar e administrar) na figura do monarca. O rei era o próprio Estado (*toute justice emane du roi*). Diante de tal circunstância, "é fácil perceber que não havia como florescerem as ideias de pré-constituição e naturalidade do juiz"[9].

Em resposta ao sistema absolutista de governo, a Revolução Francesa de 1789 rompeu com tudo que representava o antigo regime e a organização judiciária foi objeto de profunda modificação. E, a reação ao poder do monarca de se imiscuir na administração da justiça foi combatida por meio da garantia do juiz natural assegurada legislativamente (Artigo 17 da Lei de 16-24.08.1790 – *Décret sur l´organisation judiciaire*: "A ordem constitucional das jurisdições não poderá ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos dos seus juízes naturais, por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações, a não ser aquelas determinadas pela lei"). É nítida a preocupação em se vedar formas de ingerência do rei na administração da justiça, assumindo, o juiz natural, neste primeiro momento, uma garantia à independência judicial[10].

Por sua vez, a Constituição Francesa de 1791 (pós Revolução) também assegurava a garantia do juiz natural, ou seja, de não se poder subtrair dos cidadãos o juiz que fosse determinado pela lei[11].

A partir de então, o princípio do juiz natural tem se desenvolvido e está presente nas mais diversas legislações e sistemas jurídicos no mundo

---

[8] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 45.

[9] DEL FRATE, Paolo Alvazzi. Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall´Ancien Régime ala Restaurazione, Roma, Viella, 1999, p. 94, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 55-56.

[10] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 58.

[11] Artigo 4º, capítulo V, título III da Constituição Francesa de 1791: "Os cidadãos não podem ser subtraídos dos juízes que a lei lhes assinale, por alguma comissão, nem por outras atribuições e evocações, a não ser aquelas que sejam determinadas pelas leis".

atual, ganhando projeção importante para preservação de um julgamento justo, independente e imparcial.

Importante observar que o desenvolvimento da garantia do juiz natural na França se deu num cenário de revolução, de rompimento com um sistema absolutista em que garantias e direitos individuais eram completamente ignorados pelo monarca. Num ambiente como este, imperioso que fosse assegurada a independência para se julgar, não podendo haver mais manipulação dos julgadores pelos interessados no julgamento.

Para uma interpretação atual do princípio do juiz natural, bem como sua eventual flexibilização ou mitigação (nos processos de execução penal, por exemplo) deve se levar em consideração tais circunstâncias históricas, as quais não estão presentes no sistema jurídico atual. Naquele momento, era imperiosa a inflexibilidade com tal garantia. Hoje, há outros direitos, igualmente de hierarquia constitucional, que também precisam ser preservados e, quando em conflito com o juiz natural, em um juízo de proporcionalidade (ponderação), aceita-se que alguns aspectos sejam mitigados, mas jamais excluído por completo (por exemplo, julgamento por pessoas que não estejam regularmente investidas na função de juiz).

1.2. No direito brasileiro

O princípio do juiz natural no direito brasileiro já pode ser apontado na Constituição do Império de 1824. Havia a garantia do juiz competente por lei anterior (artigo 179, XI) e a vedação de avocações (artigo 179, XII) ou de criação de foros privilegiados e comissões de exceção (artigo 179, VII). Assim, do ponto de vista do direito posto, assegurava-se maior autonomia ao magistrado e ampliava-se o conteúdo da garantia do juiz competente ou, como se tradicionalmente denomina, do juiz natural[12].

[12] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 111.

Com o fim do Império e a proclamação da República, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual manteve a garantia do juiz natural[13].

Prosseguindo a evolução constitucional brasileira, o texto maior de 1934 também previa a garantia do juiz natural, e mais, reforçou a garantia do juiz constitucionalmente competente, utilizando-se, pela primeira vez a expressão "tribunal de exceção" e exigindo que a competência fosse definida por lei anterior, delimitando precisamente o marco cronológico[14] (Artigo 113: "*Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admite-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas*" e "*ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita*").

Todavia, com a instituição do Estado ditatorial (o Estado Novo de Getúlio Vargas), diante das características histórias desse momento, pela primeira vez, uma Constituição brasileira, a de 1937, não fez menção às garantias do juiz natural, quer seja na determinação de julgamento pelo juiz competente, quer seja pela proibição dos tribunais de exceção.

Voltando-se ao Estado Democrático com o fim da ditadura, reestabeleceu-se a presença do princípio do juiz natural na Constituição de 1946, à semelhança da previsão do texto constitucional de 1934.

Instalado o regime militar, a Constituição nacional de 1967 restringiu significantemente a garantia do juiz natural. Não mais era assegurado o julgamento por um juiz competente, mantendo-se a proibição dos tribunais de exceção[15], ou seja, apenas garantiu-se a face negativa do juiz natural (proibição dos tribunais *post factum*).

---

[13] Artigo 72, §15º da Constituição de 1891: "Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada".

[14] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 115.

[15] Artigo 150, §15 da Constituição de 1967: "A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção".

Passado o regime militar, reestabelecido o regime democrático, a Constituição de 1988 voltou a prever a garantia do juiz natural em seu duplo aspecto: positivamente, assegurando o direito ao juiz competente, e sob o enfoque negativo pela vedação da criação de tribunais de exceção[16] (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII).

Outro ponto a se destacar, diz respeito aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que fazem a previsão do juiz natural.

Os tratados internacionais, após serem assinados, aprovados pelo Congresso, depositados na secretaria de um ente internacional, por ocasião de sua ratificação, e publicado o Decreto de promulgação pelo Presidente da República, passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional. Muito se discutiu sobre a hierarquia dentro do sistema jurídico nacional que os tratados internacionais teriam[17].

A EC nº 45 de 2004 acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Logo, obedecidas tais formalidades, referidos tratados serão tratados, na hierarquia das normas, como emenda constitucional. Todavia, resta a questão dos tratados e convenções que não obedecem essas formalidades, com o quórum exigido, mas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que estes tratados têm natureza "supralegal", ou seja, acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da CF[18].

---

[16] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 105-124.

[17] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 342-343.

[18] STF, Pleno, RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006; STF, 2ªTurma, HC 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007.

Logo, as disposições sobre o juiz natural previstas nos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro devem receber este tratamento.

1.3. Conceito de Juiz Natural.

O Princípio do Juiz Natural pode ser conceituado como uma garantia (ou direito-garantia[19]), essencial ao Estado Democrático de Direito, que tem como fim maior alcançar um julgamento justo, assim entendido aquele proferido por um juiz independente, imparcial, após o devido processo legal, com direito a ampla defesa e contraditório, e, segundo Antonio Scarance Fernandes, visa "assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa – vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional[20]".

Rogério de Lauria Tucci ensina que a dicção juiz natural, correntemente, sintetiza a pré-constituição de órgão jurisdicional competente, sendo uma garantia inerente ao *due process of law* (devido processo legal). Prossegue esclarecendo que "o indivíduo envolvido numa *persecutio criminis* só pode ser validamente processado e julgado por agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – dito 'autêntico'; assim concebido quem seja: a) legítima e regularmente investido no exercício da jurisdição penal (...) b) dotado das garantias ínsitas ao normal e autônomo desempenho da função de seu cargo[21]".

Guilherme de Souza Nucci afirma que "o Estado, na persecução penal, deve assegurar às partes, a escolha de um juiz previamente designado pela lei e de acordo com as normas constitucionais"[22].

---

[19] Vide nota de rodapé 2.

[20] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional, op. cit.*, p. 135.

[21] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101.

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 95.

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja predeterminada, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais.[23]

Para Gustavo Henrique Badaró, o Juiz Natural, em uma concepção forte e que não seja reducionista ao equipará-lo com o juiz constitucionalmente competente, é "aquele definido segundo todos os critérios de competência, previstos na Constituição, em leis ordinárias e nas leis de organização judiciária[24]".

Segundo Ary Lopes Jr., o Princípio do Juiz Natural consiste no "direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal". É um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito[25].

Constitucionalistas, esclarecem que "entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos – CF, art. 95, I, II, III), que decide segundo regras de competência fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato (...) Integra, também, o conceito de juiz natural, para os fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de 'neutralidade e distância em relação às partes' (*Neutralität und Distanz des Richters gegenünber den Verfahrensbeteiligter*)".[26]

José Afonso da Silva ensina que "autoridade competente significa autoridade do Poder Judiciário, autoridade investida do poder

---

[23] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 16ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 37.

[24] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 15.

[25] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

[26] MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 545.

jurisdicional" e "nisso se configura a ideia do juiz natural; autoridade competente para processar e sentenciar, aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou". [27]

Para Alexandre de Moraes, "o juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal", acrescenta que o princípio do juiz natural "deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador".[28]

Essa interpretação plena do princípio do juiz natural revela as projeções positiva e negativa do mesmo, as quais serão analisadas na sequência.

Evidente a necessidade da garantia do Juiz Natural para a consecução, imperiosa ao Estado Democrático de Direito, do juiz imparcial, vez que não há como se imaginar julgamento justo sem a presença de um terceiro alheio de interesses no caso a ser julgado.

Bastante completa a conceituação feita por Vicente Greco Filho sobre o juiz natural. Escreve "a regra significa que as regras de determinação de competência devem ser instruídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha. É certo que há situações de deslocação da competência, como o caso do desaforamento, no

---

[27] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 3ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 154.

[28] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª ed, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 109.

procedimento do júri (CPP, art. 424), mas são especialíssimos e determinados pelo interesse público e da justiça, sem prejuízo para o julgamento justo".[29]

Luigi Ferrajoli disciplina que "a garantia do juiz natural contém três significados: a necessidade de o julgador ser pré-constituído, e não constituído *post factum*; a inderrogabilidade e indisponibilidade da competência; e a proibição de juízes extraordinários e especiais"[30]

Procuramos estabelecer os mais diversos conceitos, fornecidos por conceituados doutrinadores, para que possamos tirar alguns pontos de convergência entre eles. Assim, entendemos que o juiz natural é aquele regularmente investido no cargo, com as garantias de independência previstas constitucionalmente, legitimado a exercer o poder jurisdicional, com competência predeterminada por lei, feita por disposições gerais e abstratas, sem direcionamento especifico, garantindo-se um juiz imparcial e proibindo-se tribunais de exceção.

1.3.1. A dupla face do princípio do juiz natural.

O Princípio do Juiz Natural pode ser estabelecido em duas faces, vertentes, enfim, possui uma projeção positiva e outra negativa.

A projeção negativa é consubstanciada constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal[31] e consiste na vedação dos chamados tribunais de exceção.

---

[29] GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 109.

[30] FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma: Editori Laterza, 2004, p. 604, citado por CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A garantia constitucional do Juiz Natural e a modificação de competência, in *PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*, Coord. Humberto Theodoro Junior, Petrônio Calmon, Dierle Nunes, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 335.

[31] Art. 5, inciso XXXVII da CF: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Tribunal de exceção[32] é aquele constituído para julgamento de fatos anteriores à sua constituição, ou seja, cria-se um órgão de julgamento, investido de poder jurisdicional, para julgar fatos que já tenham ocorrido no momento da criação do órgão julgador.

Segundo José Afonso da Silva, "Tribunal de Exceção é o que não integra o sistema judiciário preestabelecido, o que é criado *ad hoc*, isto é, apenas para o caso, e *post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do processo e do julgamento". Prossegue o eminente Professor, "esse tipo de juízo ou tribunal está proibido, porque fere o princípio do juízo natural ou juiz constitucional, aquele que a Constituição previamente institui para o exercício da função jurisdicional, que é a função preordenada para a solução de conflitos de interesses"[33].

O mais famoso tribunal de exceção, certamente, é o Tribunal de Nuremberg, criado para julgar os ativistas do partido nazista pelos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial. Nos julgamentos proferidos por referido Tribunal, houve violação patente do juiz natural, mas não apenas, como de diversos outros princípios penais. Não é errado afirmar que se não julgavam pessoas e fatos, mas um sistema de governo[34]. Necessário, ao seu turno, seja reconhecido o valor histórico do Tribunal de Nuremberg[35].

---

[32] Comum, também, a utilização da expressão Tribunal "ad hoc".

[33] SILVA, *Comentário Contextual à Constituição, op. cit.*, p. 136.

[34] ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, London, Penguin Classics, 2006. Neste livro, Hannah Arendt narra como se deu o julgamento de Adolf Eichmann por crimes de genocídio ocorridos durante a segunda Guerra Mundial, esclarecendo que, muitas vezes, não parecia estar em julgamento os atos de Eichmann, mas o Sistema nazista e suas crueldades.

[35]A sentença condenatória, proferida pelo Tribunal de Nuremberg, apesar de todas as críticas que lhe podem ser imputadas por ter violado princípios básicos do direito penal, simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, na qual a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado. A partir do julgamento de Nuremberg, qualquer violação à dignidade humana praticada como política de governo passou a constituir desrespeito à humanidade como um todo. "Os direitos do homem estão acima dos direitos do Estado" – eis, em síntese, o significado do julgamento de Nuremberg (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.).

Por sua vez, a projeção positiva, prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal[36], determina a necessidade de observância do juiz competente para julgar os fatos. As regras que determinam a competência do juiz têm que ser anteriores ao fato a ser julgado.

Desse modo, pela correta aplicação do princípio do Juiz Natural, um processo somente poderá ser validamente julgado pelo juiz competente e, mais, competente de acordo com regras estabelecidas previamente ao fato.

O princípio do juiz natural estabelece o "direito fundamental dos cidadãos de serem julgados por um juiz ou tribunal que tenha sua competência definida em lei anterior ao fato e de forma taxativa"[37].

Ensina Gustavo Badaró que "o juiz natural é um órgão investido do poder jurisdicional, cuja competência seja predeterminada por lei"[38].

E mais, as regras de determinação de competência devem ser, além de prévias ao fato, abstratas, gerais, de modo que não se possa direcionar, escolher o juízo que irá julgar determinada conduta criminosa.

Sintetizando, como bem explica Rogério Lauria Tucci, a garantia do juiz natural, na Justiça Criminal, apresenta-se dupla, a saber: "a) ao imputado confere a certeza da inadmissibilidade de processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido como competente à época da prática da infração penal; b) à jurisdição penal, a segurança de que os regramentos da unidade e do monopólio da administração da justiça, assim como o determinante da independência de seus agentes, não serão ameaçados pela constituição de tribunais ou de órgãos excepcionais e submissos a outro poder do Estado".[39]

---

[36]Art. 5, inciso LIII da CF: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

[37] BORGES, Clara Maria Roman. O princípio do Juiz Natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função, in *Direitos Humanos e Democracia*, coordenado por Clèverson Merlin Clève, Ingor Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 198.

[38] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 568.

[39] TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro, op. cit.*, p. 103.

Dessas duas projeções (positiva e negativa) do princípio do Juiz Natural, podem ser tiradas algumas conclusões. Ensina Antonio Scarance Fernandes que "embora dúplice a garantia, manifestada como proibição de tribunais extraordinários e como o impedimento à subtração da causa ao tribunal competente, a expressão ampla dessas garantias desdobra-se em três regras de proteção:

1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;

2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;

3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja".[40]

1.3.2. Direito intertemporal.

A face positiva do princípio do juiz natural, qual seja, observância do juiz competente, indica também uma regra de direito intertemporal.

Aplica-se o regramento do "tempus regit iudicem", ou seja, o tempo da infração (a data do delito) determina qual o juízo competente para julgamento.

O juiz natural, no processo penal, deve ser o juiz competente segundo a lei vigente no momento da prática delitiva. Todo cidadão, no momento em que pratica um delito, tem o direito de saber qual será o órgão jurisdicional que irá julgá-lo[41].

---

[40] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional, op. cit.*, p. 136.

[41] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 568.

O nascimento da garantia do juiz natural, segundo Ary Lopes Júnior[42], dá-se no momento da prática do delito e não no início do processo.

Com relação ao marco temporal determinante da competência para o processo penal e a observância do princípio do juiz natural, concordamos que, no processo penal "ordinário" é a data do delito. Todavia, no processo de execução penal, há que se levar em conta suas características especiais. As peculiaridades do processo de execução da pena, as diversas circunstâncias envolvidas, determinam regras de competência próprias. Como veremos, o juiz competente para a execução penal é aquele com competência para o estabelecimento prisional em que está o condenado. Tal regra é predeterminada e vigente no momento do fato delituoso. O problema se encontra na discricionariedade na escolha do estabelecimento prisional, bem como na possibilidade de transferência de estabelecimento, necessitando de regramento legal, o que analisaremos a frente[43].

1.3.3. Poder de comissão, poder de atribuição e poder de evocação.

O poder de comissão, em linhas gerais, pode ser conceituado como aquele que confere a possibilidade de criação dos tribunais de exceção ou a de um juízo para julgamento de um fato que ocorreu anteriormente à criação este tribunal. Conforme já colocado, o princípio do juiz natural proíbe o poder de comissão, havendo expressa previsão constitucional nesse sentido (artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal).

Por sua vez, o poder de atribuição constitui a possibilidade de se criar juízos ou tribunais especializados. Tal poder não é vedado, no direito brasileiro, pelo juiz natural. Pelo contrário, a própria Constituição Federal prevê juízos especializados em matérias específicas, atribuindo a alguns tribunais competências em razão da função, da matéria ou da hierarquia. Note-se que a

---

[42] LOPES JR, *Direito Processual Penal*, op. cit., p. 443.

[43] Vide Capítulo 3 desta obra.

criação de justiças especializadas não se confunde com a instituição de juízos de exceção, não havendo ofensa ao princípio do juiz natural[44]. Analisaremos de forma mais detalhada a questão da justiça especializada em item próprio[45].

Por fim, o poder de evocação é vedado com base no princípio do juiz natural. Consiste na derrogação da competência[46], a possibilidade de subtrair uma determinada causa de um juiz competente, atribuindo-se a outro juiz incompetente[47]. Trata-se de modificação de competência por critérios discricionários ou por influência direta do Poder Executivo. Apenas os órgãos do Poder Judiciário, definidos na Constituição Federal, dispõem de competência, não podendo ser suprimidas ao sabor de contingências pessoais ou vicissitudes momentâneas. As autoridades judiciárias são aquelas previstas no texto constitucional, restando vedado à legislação infraconstitucional conferir poder jurisdicional a juízes e tribunais não previstos na Constituição Federal. Somente a própria Constituição pode impor o julgamento por órgão que não integre o Poder Judiciário, tal como ocorre com a previsão contida em seu artigo 52, I e II, mediante o qual se confere poder jurisdicional ao Senado Federal[48].

1.4. Garantia de um juiz independente e imparcial.

Uma das principais virtudes do princípio do juiz natural é funcionar como mecanismo para se garantir um julgador independente e imparcial para os casos que são postos a ele para julgamento.

A independência do juiz, em linhas gerais, significa dizer que o julgador tem que estar livre de pressões, tanto externas quanto internas, no momento de julgar. O juiz é independente para julgar conforme seu próprio

---

[44] CUNHA, A garantia constitucional do Juiz Natural e a modificação de competência, *op. cit.*, p. 338.

[45] Vide item 1.7.1.

[46] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional, op. cit.*, p. 135.

[47] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 58-59.

[48] CUNHA, A garantia constitucional do Juiz Natural e a modificação de competência, *op. cit.*, p. 336-337.

entendimento, sempre pautado nas determinações da lei e do sistema normativo, mas de acordo com sua interpretação.

A imparcialidade, segundo definição do vernáculo, é a qualidade de quem é imparcial, ou seja, justo, reto, equitativo, que não sacrifica a justiça[49].

Independência e imparcialidade não se confundem, mas uma é pressuposto da outra. Não se pode imaginar um juiz imparcial sem que o seja independente. Se há influência externa, a imparcialidade estará maculada. Logo, o juiz tem que ser independente para ser imparcial. Por sua vez, é possível que um juiz, embora independente, seja parcial. Assim, mesmo assegurada a independência, pode ser o juiz, por razões outras, parcial. Logo, a independência é um meio para que se possa chegar a um dos objetivos maiores do Estado Democrático de Direito que é um juiz imparcial. Desta feita, o primeiro passo é assegurar a independência do juiz.

Assegurada a independência, outros mecanismos concretos deverão atuar para garantir que o juiz, além de independente, seja também imparcial ou, melhor dizendo, não seja um juiz parcial. Um dos mecanismos é a garantia do juiz natural que, nessa primeira aproximação, pode ser considerada como o direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais, prévios e taxativos, fixados por lei em vigor no momento da prática do delito[50] em caráter geral e abstrato.

Por fim, a imparcialidade não se confunde com a neutralidade. Um juiz neutro significaria alguém alheio aos valores decorrentes da vida em sociedade. O juiz é um ser humano que carrega em si toda carga de sua formação social e humanística, todos valores que possui diante da educação recebida e da própria vida pessoal. O juiz não é indiferente aos valores do mundo. O que se objetiva, com o princípio do juiz natural, é que a causa não seja julgada por um juiz escolhido para tanto, após o fato ter se concretizado,

---

[49] Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p 510.

[50] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 35-36.

para julgar de acordo com o que já for dele esperado, que tenha sua imparcialidade comprometida.

1.4.1. Garantias constitucionais brasileiras ao juiz independente.

A Constituição Federal de 1988 prevê três garantias com a finalidade de se assegurar a independência da magistratura, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio[51].

A vitaliciedade é uma garantia de que o juiz assim o será até quando desejar ou "por toda vida", não podendo ser demitido ou de qualquer forma perder seu cargo, salvo nas hipóteses previstas na própria Constituição (por sentença transitada em julgado ou, nos dois primeiros anos de exercício da judicatura, por deliberação fundamentada do tribunal). Desse modo, no momento de julgar um processo, independente dos interesses envolvidos ou das pessoas envolvidas, por mais poderosas que sejam, o juiz não será temeroso em perder seu cargo em razão da decisão proferida. Garante-se sua independência para julgar sem receio de retaliação com a perda do cargo.

A inamovibilidade garante que o juiz não seja transferido do seu local de trabalho para outro, salvo por motivo de interesse público e nas condições estabelecidas constitucionalmente, ou mesmo por vontade própria. Igualmente, garante-se que o juiz julgue de acordo com sua convicção e entendimento, com independência, sem ficar temeroso em ser removido para outra comarca acaso sua decisão desagrade quem quer que seja, afastando-o de sua família.

Por fim, a irredutibilidade de subsídio garante que a remuneração dos membros do Poder Judiciário não seja diminuída. Esta

[51] Art. 95 da CF: Os juízes gozam das seguintes garantias: I) vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III) irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I.

garantia, muito mais do que voltada à pessoa do juiz, como as da vitaliciedade e inamovibilidade, é voltada ao Poder Judiciário como um todo. Este poder não pode sofrer interferência dos demais poderes para que os julgamentos sejam em determinado sentido, com ameaça de prejuízo no salário, muito menos como retaliação por determinados julgamentos, impedindo-se que seja feita a redução da remuneração dos magistrados.

Logo, conclui-se que estas três garantias constitucionais são voltadas a assegurar a independência do Poder Judiciário para que possa proferir suas decisões livre de pressões externas e mesmo internas, ou seja, visam a independência como meio para se garantir a imparcialidade.

1.5. O princípio do juiz natural na legislação estrangeira.

Desde o seu remoto surgimento na Magna Carta (1215) até o seu atual estágio de desenvolvimento, o princípio do juiz natural marca presença nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo.

Passaremos a analisar o importante papel do princípio do juiz natural nas normas dos países com maior influência nas legislações ocidentais e que tenham reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

1.5.1. França

A França merece especial destaque quando se estuda o princípio do juiz natural, pois, como vimos, foi lá em que se deu o desenvolvimento do conceito de juiz natural, com a ocorrência da Revolução de 1789 e a queda do absolutismo, para o mais próximo do conceito atual.

Foi no ordenamento jurídico francês que surgiu a expressão “juiz natural” (*juge naturel*). Durante a Revolução Francesa, foi editado o Decreto

sobre a Organização Judiciaria (*Décret sur l´organisation judiciaire*) – Lei de 16-24.08.1790 - que dispunha em seu artigo 17: "A ordem constitucional das jurisdições não poderá ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos dos seus juízes naturais, por alguma comissão, nem por outras atribuições ou evocações, a não ser aquelas determinadas por lei" [52] [53].

Para entendermos o desenvolvimento que foi dado ao princípio do juiz natural na França na época da Revolução, imperioso que façamos alguns esclarecimentos sobre o sistema político e jurídico vivido pelo país europeu naquela época.

A França era governada através do sistema conhecido por absolutismo ou monarquia absolutista cuja característica principal era a concentração de poderes na figura do monarca. Este era o senhor de tudo, com mandos e desmandos em todas as esferas do governo e do poder.

O rompimento com o sistema absolutista, através da Revolução Francesa de 1789, e o consequente desenvolvimento do princípio do juiz natural na França, foi uma maneira de colocar limites aos diversos mecanismos criados pelo Rei para manter a concentração de seu poder, inclusive, de julgar.

A Revolução Francesa de 1789 trouxe profundas modificações a tudo que representava ou lembrava o antigo regime absolutista ("*Ancien Régime*") e, a reação ao poder do monarca de se imiscuir na administração da justiça, foi combatida por meio da garantia do juiz natural[54]. Muito mais do que uma preocupação com o juiz imparcial, o que se desejava era um juiz independente, afastar o antigo sistema em que as Cortes eram controladas pelo poder do monarca, não tendo qualquer liberdade para julgar conforme sua concepção de justiça.

---

[52] "L´ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni lês justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d´autres attributions ou évacations que celles qui seront déterminées par la loi" (BADARO, *Juiz Natural, op. cit.*, p. 54, nota de rodapé 99).

[53] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 53-54.

[54] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 58.

A partir da Revolução de 1789, o princípio do juiz natural passou a ser previsto constitucionalmente na França, sendo a primeira vez na Constituição de 03.09.1791[55]. Posteriormente, a Constituição francesa de 22.08.1795 previa em seu artigo 204: "Ninguém pode ser subtraído dos juízes que a lei lhes assegure, através de alguma comissão, nem outras atribuições que aquelas que são determinadas por uma lei anterior". Note-se que os textos constitucionais, ao contrário da Lei 16-24.08.1790 que utilizou pela primeira vez a expressão "juiz natural" (*juge naturel*), utilizam a expressão "juiz assinalado pela lei" (*juges que la loi leur assigne*), os quais, todavia, são considerados como expressões sinônimas pela doutrina[56].

A expressão "juiz natural" voltou a ser utilizada no texto constituição francês na Constituição de 1814 de Luis XVIII em seu artigo 62: "Ninguém poderá ser subtraído dos seus juízes naturais"[57]. Posteriormente, as Constituições francesas de 1830 e de 1848 mantiveram o princípio do juiz natural em seus textos.

A história constitucional francesa do juiz natural tem fim com o retorno do Império em 1852. Desde então, não mais houve qualquer referência ao juiz natural ou ao juiz assinalado por lei nas constituições posteriores. Não houve previsão do juiz natural na Constituição de 1852, na Lei Constitucional de 1875 nem na Constituição de 1946[58].

Atualmente, a Constituição francesa em vigor é de 04.10.1958 e nela também não há menção expressão ao juiz natural ou mesmo o assinalado por lei. Todavia, nem de longe, isso significa que o sistema jurídico francês ignore a garantia do juiz natural que, como dissemos, é de fundamental importância nos ordenamentos democráticos contemporâneos.

A observância do princípio do juiz natural na França tem por base a doutrina e jurisprudência que consideram que o direito ao juiz natural é

---

[55] Vide nota de rodapé 11.

[56] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 61, nota de rodapé 126.

[57] "Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels".

[58] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 63.

uma consequência do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei. Quanto ao seu conteúdo, o princípio do juiz natural implica que "todas as partes processuais têm o direito de serem julgadas de modo igual, pelas mesmas jurisdições, as quais empregam as mesmas regras processuais e aplicam um único direito substancial"[59].

1.5.2. Inglaterra

O direito inglês tem importância no estudo do princípio do juiz natural, pois, como vimos, a doutrina aponta como o primeiro ordenamento a fazer menção a referido princípio a Magna Carta de 1215, a qual foi imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra.

Não havia, por certo, uma conceituação clara sobre o juiz natural, nem mesmo referência à expressão, a qual tem origem francesa ("juge naturel"), mas são os primeiros apontamentos sobre um juiz competente. Da Magna Carta de 1215, extrai-se apenas o direito ao "iudicium parium suorum"[60].

Referido texto normativo trazia, em suas cláusulas 20, 21 e 39[61], conceitos que remontam ao juiz competente, embora sem o conteúdo significativo exato da ideia mais moderna sobre juiz natural. Outrossim, não havia a preocupação com a vedação de criação de juízes "ex post facto"[62].

Ante a ausência de proibição juízes "ex post facto", houve um crescente aumento no emprego das comissões reais (verdadeiros tribunais de exceção) e somente quatro séculos depois da Magna Carta passou a haver

---

[59] RENOUX, Thierry S., Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese. Il principio di precostituzione del giudice. Quaderni del Consiglio Superiore dela Magistratura. 1993, n. 66, p.169, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 64.

[60] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 44.

[61] Vide nota de rodapé 5.

[62] GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. O processo em sua unidade II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 4-5, citada por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 47.

preocupação com tal prática que foi vedada pela “Petition of Rights” e pelo “Bill of Rights”.

A “Petition of Rights” de 07 de julho de 1628, especialmente em seu n. IX[63], passou a vedar as comissões, considerando-as contrárias às leis e estatutos ingleses. Era o reconhecimento do direito ao juiz legal, com a vedação das comissões reais. Explica-se que a razão de tal vedação foram os abusos e excessos do poder punitivo consolidados no período dos Tudors por meio de comissões extraordinárias[64].

A “Bill of Rights” de 1689 reforçou a vedação das comissões extraordinárias com a redação de seu ponto 3: “Que a comissão para instituir a ex-Corte dos Comissários para Causas Eclesiásticas, e todas as outras comissões e cortes da mesma natureza, são ilegais e perniciosas”.[65]

Atualmente, no sistema jurídico inglês, embora não se utilize na doutrina e jurisprudência a expressão juiz natural, um dos corolários da “rule of Law” é a ideia de juiz natural. Com base no princípio da legalidade, enquanto mecanismo para excluir qualquer poder arbitrário ou largamente discricionário, é reconhecido a toda pessoa o direito à jurisdição ordinária[66].

1.5.3. Estados Unidos

O sistema jurídico norte americano tem como traço marcante a descentralização. Os Estados possuem sistemas jurídicos consolidados e suas

---

[63] N. IX: “Assim também vários criminosos, alegando isenção sob esses dispositivos, evitaram a punição que deveriam receber segundo as leis e costumes deste reino, porquanto diversos funcionários e juízes recusaram injustamente ou deixaram de proceder contra tais criminosos de acordo com as mesmas leis e estatutos, sob o pretexto que aqueles criminosos somente poderiam ser punidos pela lei marcial, e pela autoridade das comissões acima citadas: (2) *comissões essas como quaisquer outras de igual natureza, são total e diretamente contrárias às ditas leis e costumes deste reino*” in BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 49.

[64] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 49-50.

[65] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.,* p. 50.

[66] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 51.

constituições estaduais regulam grande parte das questões levadas a julgamento.

Características próprias do juiz natural podem ser observadas em diversas das constituições dos 50 estados que compõem os Estados Unidos da América[67].

A Constituição Americana de 1787 e, sobretudo o "Bill of Rights" de 1791 (no qual havia, de fato, uma declaração de direitos), foi bastante influenciada pelas constituições dos mais diversos Estados. A Emenda VI merece destaque sobre o tema: "Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, o qual distrito deverá ser previamente determinado por lei, e de ser informado da natureza e da causa da acusação, de ser confrontado com as testemunhas de acusação; de poder fazer comparecerem compulsoriamente as testemunhas a seu favor, e ter a assistência de advogados para sua defesa".

Ao estabelecer o julgamento por um "júri imparcial do Estado e do distrito onde o crime tiver sido cometido" consagra-se o julgamento pelos pares ou segundo a "law of the land", regra de competência decorrente do princípio do juiz natural.

Assim, com o constitucionalismo norte americano, a garantia do "julgamento pelos pares", isto é, por pessoas da vizinhança, foi assegurada como garantia constitucional, estabelecendo que o critério de competência territorial em matéria penal é o "locus commissi delicti" ou, nos termos da Emenda VI, o distrito onde o crime tiver sido cometido. Observa-se, ao seu turno, que não há, no constitucionalismo norte americano, a preocupação com a

---

[67] Gustavo Badaró cita alguns dispositivos constantes nas normas constitucionais estaduais nos EUA, como a Declaração de Direitos da Virginia (de 12 de junho de 1776), a Constituição da Pennsylvania (de 28 de setembro de 1776), a Constituição de Maryland (de 11 de novembro de 1976), a Constituição da Carolina do Norte (de 18 de dezembro de 1776) e a Constituição de Vermont (de 08 de julho de 1777), *in* BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.,* pp. 51-52.

vedação da instituição de comissões extraordinárias[68], a qual foi desenvolvida como garantia nos textos franceses pós Revolução de 1789, e é uma das vertentes mais importantes do princípio do juiz natural em sua concepção atual.

1.5.4. Portugal

Atualmente, a garantia do juiz natural está prevista na Constituição portuguesa de 1976 quando trata das garantias do processo criminal no artigo 32, n. 9: “Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”. Assim, fica clara a reserva de lei para fixação de competência e a prefixação da competência por lei anterior, características vinculadas ao princípio do juiz natural.

Os textos constitucionais portugueses anteriores, em alguns momentos, faziam referência expressa ao princípio do juiz natural, em outros, a sua aplicação derivava da interpretação do princípio da legalidade. Dessa forma, a Constituição portuguesa de 1822 não previa expressamente a garantia, bem como a Constituição de 1933. Por sua vez, os textos constitucionais de 1826, de 1838 e de 1911 fizeram expressa menção ao juiz natural, assim entendido aquele com competência fixada por lei anterior aos fatos[69].

1.5.5. Outros países.

Além dos ordenamentos já citados, o princípio do juiz natural, em maior ou menor grau, se faz presente em diversos outros textos normativos pelo mundo. Não vamos focar na evolução histórica, mas o aspecto atual que referido princípio encontra em tais países.

---

[68] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 53.

[69] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 73-74.

Na Itália, atualmente, a Constituição de 1947 estabelece que "ninguém pode ser subtraído do juiz natural preconstituído por lei" (art. 25, *comma* 1º) e "a função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regulados pelas normas de organização judiciária", não se podendo instituir juízes extraordinários ou juízes especiais (art. 102, *comma* 1º e 2º)[70].

Interessante destacar que a jurisprudência italiana considerou que não há diferença entre as expressões "juiz natural" e "juiz preconstituído", sendo que esta garantia envolvia um duplo aspecto como norma formal e norma substancial[71].

Atualmente, importante destacar a interpretação consagrada pela Corte Constitucional Italiana quanto a dimensão do princípio do juiz natural, com modulação de seus efeitos, entendendo que a pré-constituição do juiz "não pode vir a ser exasperada, de modo a implicar uma espécie de hibernação dos critérios ditados para a competência e a jurisdição"[72]. Nesse sentido, nosso entendimento de que o princípio do juiz natural pode ser flexibilizado e mitigado quando em conflito com outras normas constitucionais, sem que se afaste o juiz imparcial, independente e regularmente investido na função, mas consagrando outros direitos constitucionais, como a garantia fundamental da duração razoável do processo.

Na Espanha, a Constituição de 1978 prevê no artigo 24.2 que "todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei (...)"[73] e, no artigo 117.6, determina-se que são proibidos os tribunais de exceção.

Verifica-se que, no ordenamento jurídico espanhol, a garantia do juiz natural costuma se expressar como juiz predeterminado por lei. Por outro

---

[70] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 66-67.

[71] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 67.

[72] MAZZA, Oliviero. La norma processuale penale nel tempo. Milano: Giuffrè, 1999, p.226-232, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.,* pp. 68-69.

[73] Artigo 24.2: Todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, as utilizar meios de prova adequados a sua defesa, a não prestar declarações contra si próprio, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência.

lado, parte da doutrina sustenta que o dispositivo constitucional mencionado não acolheu o princípio do juiz natural, negando a equiparação deste com o juiz ordinário predeterminado por lei[74].

Por fim, como mais um exemplo de país que consagra do princípio do juiz natural, a demonstrar sua importância nos ordenamentos modernos, cita-se a Alemanha.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23.05.1949, prevê no artigo 101.1 que "São proibidos quaisquer tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado do seu juiz legal". Para contextualizar, o direito do juiz natural, no ordenamento constitucional alemão, não está previsto no capítulo I (Os Direitos Fundamentais), mas no capítulo IX (A Jurisprudência ou O Poder Judiciário) da Lei Fundamental. De qualquer forma, ele é protegido como um direito fundamental segundo o artigo 93.1, 4 a. Logo, pode se falar em um direito equivalente a direito fundamental[75].

Não adentraremos em uma análise mais aprofundada sobre as interpretações e consequências do princípio do juiz natural nos países citados. O que desejávamos demonstrar é que, em maior ou menor grau, os ordenamentos constitucionais em países democráticos fazem menção ao princípio do juiz natural, deixando clara sua importância para o estabelecimento de um sistema judiciário independente, pautado na busca de decisões imparciais e justas.

1.6. O princípio do juiz natural nas normas de Direito Internacional

Além da presença do princípio do juiz natural nos ordenamentos de diversos países conforme demonstrado, a sedimentar sua importância,

---

[74] RUIZ RUIZ, Gregório. El derecho al Juez ordinario em la Constitución española. Madrid: Editora Civitas y Ministerio de Justicia, 1991, 181, dentre outros, citado por BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 72, nota de rodapé 162.

[75] Lei Fundamental da Rep. Alemã, art. 93, (1), 4 a: "sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20, §4, 33, 38, 101, 103 e 104".

faremos uma análise de sua citação também nas normas de Direito Internacional, os principais tratados envolvendo diversas nações de protagonismo no cenário mundial e que possuem importância histórica e atual para a humanidade, sobretudo em textos que buscam reforçar a proteção aos direitos humanos.

Nos primeiros textos, pós Segunda Guerra Mundial, a garantia ainda aparecia de maneira tímida, sem estar expressamente assegurada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948, não assegurou de forma explícita o direito a um juiz natural competente por lei. Garantiu, em seu artigo X, o direito a um "tribunal independente e imparcial". Por certo que, ao garantir um tribunal independente e imparcial, pode-se extrair a observância do princípio do juiz natural, tido como mecanismo para se chegar a tal fim, sobretudo a imparcialidade[76].

Igualmente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 14.11.1950, apenas tratou de garantir um "tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei". No âmbito do direito regional, interessante destacar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conhecida como Carta de Nice, de dezembro de 2000, sintetiza os valores comuns aos Estados membros da União Europeia e estabelece, além do julgamento por um tribunal independente e imparcial, que ele seja previamente estabelecido por lei[77], acrescentando advérbio não constante no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e que demonstra importância em questões interpretativas para se confirmar o juiz competente estabelecido por lei anterior que o defina como tal.

---

[76] Sobre juiz natural e imparcialidade vide item 1.6.

[77] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 82-83.

A afirmação expressa da exigência de um juiz competente estabelecido por lei e, por óbvio, igualmente independente e imparcial, aparece no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 16.12.1966[78].

Por sua vez, no âmbito das Américas, a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), de 22.12.1969, entre as garantias processuais mínimas, o direito a um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei[79] [80].

Por fim, importante destacar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que os integra ao ordenamento jurídico nacional e traz relevantes consequências vez que expressamente determina a necessidade de um juiz competente estabelecido por lei anterior. Melhor falaremos sobre tal importância, bem como quanto à hierarquia das referidas normas, no item sobre o juiz natural no direito brasileiro que na sequência.

1.7. Questões práticas da aplicação do princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro.

Traçadas essas linhas sobre o princípio do juiz natural, passaremos a analisar algumas questões práticas relevantes decorrentes de sua aplicação no sistema jurídico do Brasil.

---

[78] Texto aprovado pela Assembleia Geral da ONU, garantindo o direito, no artigo 14.1: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil".

[79] Artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra natureza".

[80] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, pp. 79-84.

Há diversos temas em que surgiu a discussão sobre eventual desrespeito ao juiz natural, os quais passaremos a analisar.

1.7.1. Varas especializadas.

Pautado nos conceitos que expusemos até aqui, podemos, tranquilamente, afirmar que é primordial, em respeito ao princípio do juiz natural, que a determinação do juízo competente para julgamento da causa seja anterior aos fatos, sob pena, inclusive, de se caracterizar o malfadado tribunal de exceção.

Na estrutura da organização judiciaria brasileira, existem as chamadas varas especializadas, quais sejam, aquelas que se destinam ao julgamento de um tipo específico de matéria jurídica, citando como exemplo as varas de direito da família e sucessões, varas da fazenda pública, varas de falências e recuperações judiciais e, mais recentemente, varas especializadas nos crimes de lavagem de dinheiro.

A existência da especialização é fundamental para melhor prestação do serviço jurisdicional ao cidadão. Juízes com conhecimento específico sobre determinada matéria terão condições de proferir decisões adequadas aos estudos dos casos, assim como serventuários especializados com o rito de determinada ação poderão imprimir maior celeridade no andamento desta.

Primeiramente, com relação a existência das varas especializadas em si não há qualquer incompatibilidade com o princípio do juiz natural[81]. Trata-se de medida que visa aprimorar a prestação do serviço jurisdicional, tornando-a mais efetiva e eficiente.

---

[81] GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; FERNADES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

Do ponto de vista técnico-operacional, a criação de Justiças especializadas permite que, graças ao domínio específico de determinada matéria, os julgadores passem a ter um conhecimento mais profundo sobre os temas que lhes compete julgar, permitindo além de maior agilidade do exercício de suas funções, adquirir também uma "sensibilidade mais aguçada para as causas que lhes competem"[82].

Imperioso que a especialização de determinado juízo o seja feito de forma geral e abstrata, pautado em critérios objetivos e criado antes do fato a ser julgado.

Todavia, quando da instalação da vara especializada, pode ocorrer o deslocamento da competência das ações em andamento para ela. Desse modo, a ação, já em andamento, seria julgada por um juízo criado após os fatos. A questão que se coloca é saber se há, nesses casos, afronta ao princípio do juiz natural.

O deslocamento da competência para varas criadas após o acontecimento dos fatos a serem julgados tem trazido controvérsia, ainda que os critérios de competência sejam gerais e abstratos, sem a razão de se atingir determinado caso.

Em matéria criminal, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar caso relacionado ao crime de lavagem de dinheiro cujo inquérito foi redistribuído à vara especializada, criada após os fatos, entendeu constitucional, sem ofensa ao princípio do juiz natural[83].

Nas demandas cíveis, entendemos que deve ser observado o princípio da "perpetuatio jurisdictionis"[84], ou seja, uma vez fixada a competência para determinado juízo, mudanças posteriores, como a especialização de

---

[82] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 381.

[83] STF, Plenário, HC 88.660/CE, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 15.05.2008.

[84] Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

alguma vara, não podem alterar o juiz natural para julgamento da causa, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Nestes casos, em regra, a competência se verifica no momento da propositura da ação.

1.7.2. Desaforamento.

Como regra geral, nos crimes dolosos contra a vida, cuja competência é constitucionalmente definida para o Tribunal do Júri[85], o infrator será julgado no local onde o crime se consumou (artigo 70 do Código de Processo Penal[86]). Desse modo, será julgado pelos seus pares, pessoas da sociedade em que o crime ocorreu.

Todavia, a própria legislação excepciona a regra através da possibilidade do desaforamento (artigo 427 do Código de Processo Penal[87]).

A figura do desaforamento pode ser definida como "o ato processual pelo qual o réu é julgado fora do distrito da culpa"[88] nos casos determinados pela lei, ou seja, em exceção à regra geral. Assim, quando o interesse da ordem pública justificar a alteração da competência, quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, poderá haver modificação da competência para julgamento em outra comarca, onde tais motivos não subsistam.

Nota-se que, muito mais do que, aparentemente, violar o juiz natural por alterar regras de competência após os fatos, o desaforamento visa

---

[85] Art. 5º, inciso XXXVIII, da CF: "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

[86] Art. 70 CPP: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

[87] Art. 427, CPP: "Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas".

[88] NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 27ª ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 342.

dar efetividade ao referido princípio, sobretudo quando ocorrer visando assegurar a imparcialidade do júri.

O corpo de jurados não é formado por juízes de carreira, que possuem as garantias de independência para que possam julgar com imparcialidade, mas por pessoas da própria sociedade e que, pelas mais diversas razões, podem sofrer influências em determinados casos, as quais podem comprometer a imparcialidade necessária ao julgamento adequado do feito.

Ensina Gustavo Badaró que "o mecanismo do desaforamento, em si, não é incompatível com a garantia do juiz natural. Em princípio, poderia parecer que, através do desaforamento, haveria uma mudança do juiz competente, ocorrida *ex post factum*, violando a garantia de certeza do juiz competente, que deve operar já no momento da prática delitiva. Todavia, desde que tais hipóteses estejam claras e objetivamente previstas em lei prévia, que estabeleça um fator de coligamento que, também com antecipação predetermine o órgão que se tornará competente, não haverá violação à garantia do juiz natural"[89].

Todavia, esse "fator de coligamento" tal qual previsto pela legislação brasileira (artigo 427 do Código de Processo Penal "... *outras comarcas da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas*") seria incompatível com a garantia do juiz natural, na medida em que não permite uma definição do juiz competente no momento da prática delitiva[90], não estabelece critérios legais predeterminados sobre qual seria a comarca da mesma região mais próxima, permitindo uma escolha discricionária, sendo que a jurisprudência tem admitido o desaforamento para comarcas mais distantes quando entenderem que nas comarcas próximas subsistem as razões que ensejaram o desaforamento[91].

---

[89] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit* p. 322.

[90] BADARO, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 340.

[91] STJ, HC 334997/RN, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 18/02/2016, dje. 29/02/2016.

Necessário que fosse estabelecido, pela lei, um sistema claro e preciso, com predeterminação de qual juízo seria o competente no caso de desaforamento, sem a possibilidade de expressões abertas a margens de interpretação a que se possa "escolher" o juízo que julgará o caso. Poderia, a lei, inclusive, atribuir ao Tribunal a função de preestabelecer esses juízos por meio de norma interna, conquanto de caráter geral e abstrato e anterior aos fatos que serão submetidos a julgamento.

1.7.3. Foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função é aquele estabelecido "ratione personae", ou seja, em razão da qualidade da pessoa em julgamento[92]. Veja-se que não é em razão da pessoa, mas sim do cargo por ela ocupado, da qualidade por ela ostentada a justificar o julgamento por órgão colegiado previsto constitucionalmente como competente[93].

Para determinados cargos ou funções públicas, em razão de sua relevância no sistema político e jurídico nacional, o constituinte brasileiro fixou foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, "atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões"[94].

Comum a expressão "foro privilegiado", da qual discordamos, pois está longe de ser configurar um privilégio a quem quer que seja, mas sim de "elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões

---

[92] NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal, op. cit.*, p. 267.

[93] As competências de foro por prerrogativa de função estão estabelecidas, em regra, na Constituição Federal. Excepcionalmente, diante do princípio da simetria, podem ser previstas nas Constituições Estaduais.

[94] OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, *op. cit.,* pp. 197-198.

que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores”[95].

Todavia, diversos autores se posicionam contrariamente à existência do foro por prerrogativa de função, sob o fundamento de que “o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição”[96].

Discordamos, porquanto não se trata de um privilégio, como já dito, mas de um mecanismo previsto constitucionalmente para garantir, dentre outras coisas, um julgamento imparcial, com o julgador livre de pressões externas, bem como por questões maiores de interesse geral. Imagine-se a possibilidade de alguns, dentre os milhares de juízes do Brasil[97], poder decretar a prisão do Presidente da República? Nosso sistema jurídico ainda não tem amadurecimento para tanto.

O foro por prerrogativa de função apresenta dupla justificativa: de “um lado, para proteger os detentores dos cargos de persecuções indevidas, muitas vezes por motivações políticas, e de outro lado, proteger os julgadores de eventuais pressões que, mais facilmente, poderiam ser exercidas sobre os órgãos jurisdicionais de primeiro grau. Trata-se, pois, a um só tempo, de garantia para o acusado e de garantia para a Justiça”[98].

---

[95] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

[96] SEMER, Marcelo. A síndrome dos desiguais. Boletim da Associação dos Juízes para Democracia, ano 6, n. 29, jul-set. 2002, pp. 11-12, citado por NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal, op. cit.*, p. 269.

[97] Atualmente, existem no Brasil 17.338 juízes conforme Relatório “Justiça em números” do CNJ, p. 37 disponível: em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf.

[98] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal, op. cit.*, p. 144. Esclarecemos que tais argumentos são apontados pelo autor da obra como os utilizados pelos defensores do foro por prerrogativa de função, não consubstanciando, necessariamente, o posicionamento do mesmo.

O princípio do juiz natural veda os chamados privilégios de foro, mas não a competência diferenciada estabelecida em razão da relevância da função exercida pelo sujeito ativo do delito. É vedado o "foro estabelecido em atenção a pessoa em si (como nos casos dos foros pessoais – *rectius*, profissionais). Aqueles instaurados em razão da relevância da função se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um inferior"[99].

Por certo, o instituto do foro por prerrogativa de função é utilizado de forma muito alargada no sistema jurídico brasileiro (por exemplo para prefeitos - artigo 29, inciso X, da Constituição Federal), o que deveria ser revisto, sem, contudo, simplesmente eliminá-lo. Muitas vezes, defende-se o fim de determinado instituto quando, na verdade, a melhor maneira seria adequá-lo à nova realidade social, fazendo ajustes para que se atinja seu precípuo fim.

Com relação ao juiz natural, controvérsia surgiu nos casos em que, determinado agente público com foro por prerrogativa de função, deixasse o cargo ou função pública exercida. Uma vez fixada a competência para julgamento por determinado órgão, ela se perpetuaria independente de mudanças fáticas posteriores? Ou seja, mesmo sem mais exercer cargo ou função pública, o processo iniciado continuaria no mesmo órgão do Poder Judiciário?

Inicialmente, a jurisprudência se solidificou no sentido de que, cometido o crime durante o exercício da função, o foro por prerrogativa de função prevaleceria mesmo após a cessação daquele e ainda que o inquérito ou ação penal fosse iniciado após esta cessação. Nesse sentido, havia, inclusive, a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal[100]. Todavia, esta súmula foi cancelada

---

[99] MARQUES, José Frederico. Competência em matéria penal. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 65 citado por BORGES, O princípio do Juiz Natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função, *op. cit.,* p. 205.

[100] Súmula 394 do STF: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício" (Súmula cancelada).

pelo Plenário da Suprema Corte por julgamento em 25.08.1999[101]. Posteriormente, a Lei 10.628/2002 acrescentou o §1º e 2° ao artigo 84 do Código de Processo Penal, os quais também foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal[102].

Argumenta-se, contrariamente a estas decisões, que, então, seria permitido, muitas vezes, ao agente escolher seu juiz natural, por quem será julgado, bastando que, para tanto, seja nomeado para algum cargo ou renuncie ao cargo que exerce, alterando a competência para seu julgamento. Sustenta-se que a interpretação de que a competência por prerrogativa de função poderá ser modificada caso cesse o exercício da relevante função pública se distancia da Constituição Federal e, igualmente inconstitucional, seria o entendimento de que a competência deverá ser fixada no momento em que o indivíduo assume o cargo, independentemente de o crime ter sido praticado antes de iniciado o aludido exercício funcional[103].

Porém, a existência do foro por prerrogativa se justifica exclusivamente pelo cargo ou função pública exercida pelo agente. Uma vez cessado o exercício de tal, não prevalece mais a razão para o julgamento por órgão colegiado de competência originária, devendo o processo retornar ao juízo singular[104]. Igualmente, se o processo tramita no juízo singular e o agente vem a assumir determinado cargo público de relevância a justificar o foro por prerrogativa, os autos devem ser encaminhados ao juízo previsto como competente em razão do cargo.

---

[101] STF – INQ n° 687-4/SP (QO) – Tribunal Pleno, Rel. Min, Sydney Sanches, j. 25.8.1999, publicado DJ em 9.9.1999.

[102] STF. ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.11.2004, publicada em 25.09.2005.

[103] BORGES, O princípio do Juiz Natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função, *op. cit,* p. 208.

[104] STF, Inq. (AgR) nº 2.263/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.10.2007, publicada em 14.11.2007.

Assim, as ações penais, em relação aos agentes com foro por prerrogativa de função, têm caráter itinerante[105], tratando-se, conforme vem denominando a doutrina, do princípio da atualidade do exercício da função[106].

1.7.4. Conexão e continência.

Outra questão que se coloca quanto à modificação do juiz natural incialmente determinado competente para uma causa é a conexão e a continência. Estas não são critérios abstratos de determinação da competência, mas "fatores de modificação da esfera concreta de competência do juiz, alterando a competência que decorreria apenas da aplicação das regras legais de competência, segundo os critérios territorial e material"[107].

A previsão legal da conexão e da continência consta no Capítulo V do Título V "Da Competência" nos artigos 76 a 82 do Código de Processo Penal, sendo que as hipóteses de conexão constam no artigo 76 e de continência no artigo 77 do referido diploma legal[108].

Em linhas gerais, a conexão e a continência se justificam "quando houver alguma razão particular, de forma a facilitar a colheita da prova e fomentar a economia processual, bem como para evitar decisões contraditórias, permitindo, a lei, que a competência seja alterada. Não é por isso que se fere o princípio constitucional do juiz natural, uma vez que as regras de alteração estão

---

[105] OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, *op. cit.*, p. 218.

[106] LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 481.

[107] BADARÓ, *Processo Penal*, *op. cit.*, p. 173.

[108] Art. 76, do CPP: "A competência será determinada pela conexão: I) se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II) se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III) quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração".

Art. 77, do CPP: "A competência será determinada pela continência quando: I) duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II) no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51 §1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal".

previstas claramente em lei e valem para todos os jurisdicionados e acusados, de modo que se torna um critério objetivo e não puramente casuístico”[109].

Trata-se de um critério estabelecido anteriormente à prática do delito, com regras gerais e abstratas. Não se pode alegar violação ao juiz natural, visto que não há qualquer margem para “escolha” do julgador, mas apenas uma opção legislativa em prol do sistema jurídico para, como dito, facilitar as questões probatórias, evitar decisões conflitantes.

Pode-se sustentar que não se trata de uma causa de modificação de competência, pois as regras são estabelecidas com antecedência e de forma abstrata, sendo uma forma de fixação de competência. “O desaforamento, sim, modifica a competência em concreto, depois de definida. A conexão e a continência atuam antes dessa definição”[110]. Porém, não se pode ignorar que, não fosse a existência da multiplicidade de infrações ou agentes, a competência seria outra. Individualmente considerada, a competência, seguindo os critérios gerais estabelecidos em lei, seria uma. Todavia, modifica-se em razão dos benefícios trazidos pela conexão e continência. Desse modo, entendemos, com respeito ao posicionamento em sentido contrário, que é correto afirmar trata-se de causa de modificação de competência.

A conexão e a continência são “verdadeiras causas modificadoras de competência” e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo. “Na conexão, o interesse é evidentemente probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação. Já na continência, o que se pretende é, diante de um mesmo fato praticado por duas ou mais pessoas, manter uma coerência na decisão, evitando o tratamento diferenciado que poderia ocorrer caso o processo fosse desmembrado e os agentes julgados em separado”[111].

---

[109] NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal, op. cit.*, p. 284.
[110] GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 145.
[111] LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, pp. 490-491.

1.7.5. Artigo 109, §5º, da Constituição Federal. Deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao texto constitucional, no artigo 109, o §5º[112], o qual trata do deslocamento da competência para a justiça federal, quando o Superior Tribunal de Justiça entender que há grave violação de direitos humanos para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais de direitos humanos. É uma nova hipótese de modificação da competência penal.

Diversas foram, e são, as críticas a esta previsão constitucional de modificação de competência. Observa-se que, da forma como previsto, o processo já está em andamento, ou seja, já existe a fixação do juiz natural da causa, em um juízo da justiça estadual, e, posteriormente, por se entender que há violação de direitos humanos, o feito seria deslocado, mudando a competência, para a justiça federal.

Não há qualquer justificativa razoável para essa previsão. Estar-se-ia a afirmar que a justiça federal é mais apta para analisar questões referentes a direitos humanos do que a justiça estadual? Não há razão para isso. Nada indica que a justiça estadual seja descumpridora de mandamentos e normas internacionais de proteção aos direitos humanos. E mais, "o incidente de deslocamento da competência, na forma em que foi disciplinado, viola a garantia do juiz natural, sendo, pois, inconstitucional, uma vez que o incidente depende da iniciativa totalmente discricionária do Procurador-Geral da República, e os critérios constitucionais a serem considerados pelo STJ, para a análise do incidente, são absolutamente vagos, indeterminados e abertos, não gerando a segurança jurídica exigida das regras de competência, que devem permitir de

[112] Artigo 109, §5º CF: "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".

forma clara e objetiva que, no momento do cometimento de um delito, já se tenha definido, por critérios prévios, quem será a autoridade judiciária competente para julgá-lo”[113].

Esclareça-se que, no caso de violação de cláusula pétrea da Constituição, é possível a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional, vez se tratar de exercício do poder constituindo derivado.

O instrumento de deslocamento de competência (IDC) não se mostra como solução a qualquer problema grave do sistema jurídico brasileiro, pelo contrário, mostra-se como um “instrumento retórico de otimização da proteção aos direitos humanos” fadado ao mero emprego simbólico e que “na essência, pode continuar a encobrir graves problemas estruturais do Estado brasileiro perante a opinião pública nacional e internacional”[114].

1.7.6. Lei 12.694 de 24 de julho de 2012. Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição para crimes praticados por organizações criminosas.

A presença do crime organizado tem sido cada vez mais constante no cotidiano nacional. Dai emerge a necessidade de mecanismos para combater essa espécie de crime, caracterizado pela organização entre seus membros, com divisão de tarefas, alta concentração de controle econômico e financeiro conquistado através do cometimento de crimes.

Devido à alta profissionalização desta espécie de crime, aumenta-se o risco de segurança para os agentes públicos envolvidos na persecução e julgamento dos fatos.

---

[113] BADARÓ, *Processo Penal*, *op. cit.,* p. 183.

[114] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais e o Juiz Natural no Processo Penal: apontamentos sobre a EC/45*, in Revista de Estudos Criminais 20 – doutrina nacional, out-dez. 2005, p. 116.

Pautado nessas questões, é editada a Lei 12.694/2012 que prevê a possibilidade de julgamento colegiado por juízes de primeiro grau de jurisdição nos crimes praticados por organização criminosa.

O próprio texto legislativo define organização criminosa (artigo 2º)[115] como sendo aquela em que, três ou mais pessoas, organizam-se de forma estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas e com objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a práticas de crimes que tenham pena máxima superior a quatro ano ou que sejam de caráter transnacional.

A lei, também, exemplifica[116] os atos para os quais poderá ser formado o colegiado (artigo 1º em seus incisos), os quais vão desde a fase de inquérito policial (*v.g.* decretação de prisão ou medidas assecuratórias), passando pela fase de conhecimento (*v.g.* sentença), até à fase de execução da pena (*v.g.* progressão de regime, inclusão no regime disciplinar diferenciado).

Quem decide pela instauração do colegiado é o juiz da causa, fundamentando com os fatos que levam aos riscos à sua integridade física, e para competência específica ao ato a que foi convocado[117], mas a composição será determinada, dentre os juízes com competência criminal em primeiro grau de jurisdição, por sorteio eletrônico, de acordo com regulamentação dos tribunais[118].

Para alguns, essa nova figura tem constitucionalidade questionável. Trata-se de uma "autorização legal até então desconhecida pelo sistema nacional e que tem sido objeto de severas críticas, na medida em que

---

[115] Artigo 2º da Lei12.694/2012: "Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional".

[116] LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, *op. cit.,* p. 474, "o colegiado poderá decidir 'especialmente' (portanto, o rol é exemplificativo)".

[117] Art. 1º, §3º, Lei 12.694/2012: "a competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado".

[118] Art. 1º, §7º, da Lei 12.694/2012: "Os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento".

pode representar a violação da garantia do juiz natural", uma vez que o órgão julgador, segundo tal princípio, deve ser definido previamente à prática do crime. "É a garantia de ser julgado por um juiz cuja competência é preestabelecida em lei e não por um órgão colegiado "ad hoc", ou seja, para aquele caso penal e aquele ato procedimental, conforme a discricionariedade de um outro juiz". Nesse aspecto, a constitucionalidade da medida seria duvidosa[119].

Todavia, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o projeto que originou a Lei 12.694/12 entendeu que a formação de um colegiado "não agride o princípio do juiz natural, uma vez que os juízes do colegiado não estarão em anonimato, mas são magistrados de carreira e com competência criminal no primeiro grau de jurisdição"[120].

Por certo, há um conflito de direitos e interesses envolvidos[121]. Não se pode negar a necessidade de punição efetiva aos crimes praticados por organizações criminosas sem que se coloque em risco a integridade física do juiz. Optou, o legislador, por criar a figura do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição como meio de dar mais garantia e tranquilidade ao julgador, como forma de fomentar sua imparcialidade, ao poder julgar sem a pressão de sozinho tomar decisões contra o crime organizado.

Não há escolha específica dos juízes que vão compor o colegiado, o que seria proibido pelo princípio do juiz natural, mas sorteio, o que demonstra a preocupação do legislador em preservar o respeito ao juiz imparcial.

Observa-se que, ao máximo possível, houve a intenção de respeito aos primados do princípio do juiz natural, embora, não se pode negar, há determinadas incompatibilidades com o mesmo, justificado, no conflito de direitos, e por vontade legislativa, em se prestigiar a segurança do julgador até

---

[119] LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, *op. cit.*., p. 475.

[120] NICOLITT, André. *Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural*, Boletim IBCCRIM, ano 20, nº 240, novembro/2012, p. 10.

[121] A questão do conflito de normas de hierarquia constitucional e sua regra de hermenêutica será melhor analisada no capítulo 3 desta obra.

mesmo como meio de se garantir sua imparcialidade, um dos pilares do juiz natural.

1.7.7. Câmaras, nos Tribunais de Justiça, compostas por juízes de primeiro grau de jurisdição. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Outra questão prática que surgiu nos julgados nacionais referente ao juiz natural diz respeito à Câmara de julgamento de recurso em 2º grau de jurisdição compostas por juízes de 1º grau de jurisdição convocados para atuar no Tribunal.

Tal prática já foi considerada legal e constitucional pelas Cortes Superiores[122], mas não pode se dar de forma aleatória e indiscriminada, com base na exclusiva vontade de quem convoca e quem é convocado. Imperiosa a existência de regras preestabelecidas e claras sobre a maneira como ser dará a convocação, pautando-se na impessoalidade e moralidade administrativa.

A convocação não pode acontecer por meio de ato administrativo discricionário do Presidente do Tribunal, ou seja, por questões de "oportunidade e conveniência"[123] do gestor. Trata-se de um ato administrativo vinculado[124]. Assim, "havendo possibilidade e necessidade de convocações de juízes de 1º grau, esse ato administrativo de natureza vinculada deve indubitavelmente observar as regulamentações normativas dos atos convocatórios, sob pena de macular o princípio constitucional do juiz natural e do

---

[122] STJ, HC 164958 / PR, 6ª Turma, Rel. NEFI CORDEIRO, j. 17/12/2015. DJe 17/02/2016.

[123] "Atos 'discricionários' ... seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 418.)

[124] "Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma" (MELLO, *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 418).

juiz competente segundo as regulamentações legais”[125] (...) “é imprescindível que as convocações realizadas pelos tribunais de apelação sejam rigorosamente de acordo com os preceitos normativos legais previstos na Constituição, na legislação infraconstitucional e nas normas regulamentadoras”[126].

A Lei Orgânica da Magistratura (Loman) estabelece o primeiro requisito de ordem objetiva, qual seja, a necessidade da convocação ser referendada pela maioria absoluta do respectivo Tribunal ou de seu Órgão Especial[127]. Buscando a efetivação das convocações com base em critérios objetivos, com impessoalidade e moralidade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 72/2009 que estabelece as diretrizes para tais convocações.

Assim, conquanto sejam observados critérios objetivos, impessoais, mediante regras preestabelecidas, impedindo-se manipulações casuísticas ou convocações seletivas, não há irregularidade na convocação de juízes de primeiro grau para atuar em segundo grau de jurisdição, não havendo, igualmente, irregularidade, nem mesmo, quando as Câmaras julgadoras forem compostas majoritariamente por juízes convocados[128].

1.7.8. Promotor natural.

Não há qualquer dúvida sobre a importância e relevância do princípio do juiz natural, a existência de normas preestabelecidas para se determinar quem irá julgar o caso, com a impossibilidade de tribunais “post

---

[125] SOUZA, Arthur César. O Princípio do Juiz Natural e os critérios objetivos de convocação de juízes para atuar nos Tribunais, in *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 64.

[126] SOUZA, O Princípio do Juiz Natural e os critérios objetivos de convocação de juízes para atuar nos Tribunais, *op. cit.* p. 67.

[127] Artigo 118 da LOMAN: “Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, poderão ser convocados Juízes, em substituição, escolhidos por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, do seu Órgão Especial”.

[128] STJ, HC 353607 / SP, 5ª Turma, Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 10/05/2016. DJe 16/05/2016.

factum", os tribunais de exceção, afastando-se qualquer possibilidade de escolha específica para atender interesses outros que não seja o da realização da justiça através de um julgador imparcial e independente. Todavia, a questão que se coloca diz respeito ao promotor natural, ou seja, são necessários os mesmos critérios e regras para se definir o acusador, quem vai realizar o exercício da ação penal? O Ministério Público tem função constitucional de promover a ação penal[129].

Imperioso que o membro do Ministério Público, para exercer sua importante função, tenha independência para agir sem ceder a pressões de qualquer natureza, bem como com imparcialidade, sem utilizar de suas atribuições indevidamente, como meio de perseguição, por exemplo.

Para assegurar a independência do Ministério Público, a Constituição Federal estabeleceu as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios[130], tal qual o fez para a Magistratura e com os mesmos objetivos, conforme já expusemos[131].

Por sua vez, para garantir que não sejam designados membros do Ministério Público com finalidades específicas e pessoais, necessário que existam regras a nortear essas designações.

O princípio do promotor natural "significa que o indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos"[132].

Tal princípio pode ser extraído da Constituição Federal ao dispor que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (artigo 5º, LIII). Além de estabelecer a raiz do juiz natural, também pode se verificar o indicativo do promotor natural como sendo aquele que

---

[129] Art. 129, inciso I, da CF: "São funções institucionais do Ministério Público: I) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

[130] Artigo 128, §5º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c", da CF.

[131] Vide item 1.6.1.1.

[132] NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, *op. cit.*, p. 108.

processa alguém, o titular da ação. Ninguém pode ser processado senão por aquele que tinha, antes do fato, atribuição para fazê-lo.

Todavia, é possível a designação de membros do ministério público para atuar em casos específicos consoante previsão legal[133], devendo ser respeitados os ditames da lei e não por livre vontade do Procurador Geral.

O princípio do promotor natural "incide para restringir os poderes do procurador geral de justiça de efetuar substituições, designações e delegações, que devem circunscrever-se aos casos taxativamente enumerados na lei, sendo vedado ao chefe do *parquet*, em qualquer hipótese, a avocação do caso afeto ao promotor natural. No Ministério Público, todos os cargos devem ser fixos, específicos, com atribuição e funções previamente estatuídas em lei. Não são mais tolerados os cargos genéricos, cuja função não esteja delineada precisamente na lei"[134].

No que diz respeito aos grupos especializados do Ministério Público, a jurisprudência das Cortes superiores já se posicionou sobre a sua constitucionalidade[135], não havendo qualquer vedação pela Carta Maior, pois é medida que visa aprimorar a prestação do serviço público, não havendo afastamento discricionário do promotor natural, mas consoante regras estabelecidas de forma genérica e em busca da melhor eficiência do trabalho do *parquet*.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello (RTJ 150/123), por maioria, rejeitou a tese do promotor natural, porque "dependente de interposição legislativa". Por sua vez, o Superior

---

[133] Art. 10, inciso IX, Lei 8.625/93: "Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX) designar membros do Ministério Público para: ...".

[134] NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, São Paulo: RT, 1992, p. 82, citado por FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 233.

[135] STJ, REsp 495.928/MG, DJ 02.02.2004: "a criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral de Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende ao princípio do Promotor Natural".

Tribunal de Justiça, tem entendido que “só haverá ofensa ao princípio quando atuar na causa promotor de exceção” (HC 12.616/MG, DJ 05.03.2001)[136].

Desta feita, a par de posicionamentos doutrinários pela exigência do Promotor Natural, a Corte Constitucional brasileira já se posicionou rejeitando tal princípio, razão pela qual não se reconhece nulidade em casos de despeito ao mesmo. Por óbvio, acaso fique caracterizado total desvio de função no ato de designação, que o tenha sido feito para anteder objetivos escusos, não há como se validar o mesmo. O que se coloca é que, a designação em si, sem comprovação de qualquer desvio efetivo, não é inconstitucional, não podendo se falar em afronta ao promotor natural.

[136] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 233.

2. O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: conceito, natureza jurídica, princípios e casos práticos.

Neste capítulo, vamos analisar o processo de execução penal, conceituando-o conforme definições trazidas pela doutrina e analisando sua natureza jurídica, se é um processo com caráter jurisdicional ou administrativo, ou mesmo misto.

Após, vamos fazer uma análise dos principais princípios jurídicos que norteiam o processo de execução da pena, sobretudo das consequências de sua aplicação na fase executória.

Por fim, faremos uma análise, tal qual no primeiro capítulo, de questões práticas relativas ao processo de execução penal que tragam, ou tenham trazido, alguma controvérsia na doutrina e jurisprudência.

2.1. Conceito

Em linhas gerias, quando o cidadão realiza um fato, descrito na legislação penal como crime ou contravenção, em regra, surge, para o Estado, o direito de punir tal conduta. É o que se chama de "ius puniendi"[137]. A ação penal de conhecimento de natureza condenatória supõe a transgressão da norma incriminadora, cuja incidência intenta definir[138]. Embora, com a prática delitiva, nasça, para o Estado, a pretensão punitiva pelo vilipêndio ao bem jurídico tutelado pela norma penal, é com a execução da sentença que se dá vida à sanção penal[139].

---

[137] "Ius puniendi" é o direito de punir, o poder punitivo concentrado pelo Estado a ser utilizado quando do cometimento de alguma infração penal.

[138] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 76, vol. 623, set. 1987, pág. 257.

[139] PRADO, Luiz Regis. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

Zaffaroni e Pierangeli entendem o sistema penal, em sentido amplo, como "controle social punitivo institucionalizado"[140], ou seja, o poder de punir do Estado é institucionalizado para se efetivar o controle nas relações sociais, através da pena criminal.

O instrumento para que o Estado, institucionalmente, possa realizar esta punição é o processo penal. Portanto, o processo penal é o meio através do qual, garantida toda a possibilidade de defesa e contraditório, o acusado poderá ser condenado ou absolvido.

Havendo condenação (ou absolvição imprória[141]), surge a necessidade de aplicação da pena ou medida de segurança imposta. Esta aplicação se faz através do processo de execução penal.

O processo de execução penal é completamente autônomo ao processo penal de conhecimento. Não há que se falar em fase de execução no processo penal. Há separação entre o processo de conhecimento e o de execução. Forma-se "nova relação jurídica, distinta daquela do processo de conhecimento, pois, apesar da identidade dos sujeitos processuais – Juiz, Ministério Público e réu, ora condenado – os três agem, agora, com objetivos inteiramente diversos"[142]. O Juiz tem, como principal função, garantir o cumprimento da pena nos termos da lei, obedecendo o que fora disposto em sentença, adaptando os comandos aos interesses da execução penal. O Ministério Público tem o papel de fiscal, buscando o cumprimento da pena da maneira como fora imposta na sentença. O acusado não busca mais ser absolvido, deseja sejam reconhecidos seus direitos e deferidos os benefícios legais para que possa restabelecer seu "status libertatis" o quanto antes.

---

[140] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

[141] Absolvição imprópria é chamada pela doutrina nos casos em que se aplica medida de segurança.

[142] FERNANDES, Antonio Scarance. *Execução Penal: aspectos jurídicos*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, nº7, jan-abril. 1999, p. 69.

A execução é a última fase da persecução criminal, consistente nos atos através dos quais se efetiva a sentença criminal condenatória, aplica-se a medida de segurança e resolvem-se todos os incidentes a eles ligados[143].

Para Sérgio Marcos de Moraes Pitombo[144], a "execução ostenta um outro processo autônomo. Mostra um novo juízo penal". Interessante observar que o processo penal de conhecimento volta-se para o passado, que tende a reconstruir. O processo penal de execução mira o futuro e visa a prevenir infrações penais, de modo prevalente, sem esquecer o castigo medido. "Em processo penal de conhecimento de natureza condenatória e em processo de execução ocorre certa anacronia, ou inversão do tempo. A organização temporal, no primeiro, recua, buscando refazer o passado, para tentar adequá-lo a uma figura típica ou modelo legal. Movimenta-se, pois, de modo retrospectivo, em analepse, no tocante ao evento-crime, em face do presente da ação judiciária. A profundidade do retorno e sua dimensão temporal medem-se pelo alcance e amplitude da acusação aforada. Já, o processo de execução penal avança no tempo quando almeja a prevenção especial, desejando harmônica integração social do condenado, mas sempre no futuro. Opera, assim, em prolpese no respeitante à pena infligida, que está em cumprimento. Seu alcance e amplitude, por evidente, surgem bem mais restritos, visto que transcendem o comando jurídico. Eis um dos modos de ler o discurso processual penal"[145].

Prossegue ensinando que a execução consiste em modalidade de tutela jurisdicional, correspondente à atuação de órgão do Poder Judiciário, aplicando norma jurídica especificada à satisfação do poder-dever estatal de punir ou sancionar reconhecido em sentença condenatória penal. A execução torna definitiva as disposições da sentença, mediante jurisdição penal[146].

O processo de execução penal nada mais é do que "o instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos

---

[143] NORONHA, *Curso de Direito Processual Penal*, *op. cit.,* p. 563.

[144] PITOMBO, *Execução Penal. op. cit.,* pp. 259-260.

[145] PITOMBO, *Execução Penal. op. cit.,* p. 263, nota de rodapé 23.

[146] PITOMBO, *Execução Penal. op. cit.,* p. 263.

direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença. Sentença penal condenatória que, aplicando a sanção, se constitui no título executivo necessário à instauração do processo de execução penal”[147].

Assim, com a sentença condenatória transitada em julgado, encerra-se o processo de conhecimento, forma-se o título executivo penal e, com ele, instaura-se um novo processo: o processo de execução[148].

Dessa maneira, “dispondo a sentença penal condenatória, título executivo que é, surge, então, para o Estado, a pretensão executória, qual seja, a de exercer o direito de punir, obedecidos os limites estabelecidos pelo juízo criminal”[149].

Convém observar que a sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria) que forma o título executivo penal contém, implícita, a cláusula “rebus sic stantibus”, como sentença determinativa que é: “o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo, porém, passível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei”[150]. Portanto, os diversos incidentes que podem ocorrem no curso do processo de execução penal tem o condão, não raras vezes, de modificar o comando imposto na sentença condenatória, modificando a quantidade de pena (unificação de penas, remição),

---

[147] GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). *Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984*) – Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

[148] FERNANDES, *Execução Penal: aspectos jurídicos*. *op. cit*., p. 69.

[149] SWENSSON, Walter. A competência do Juízo da Execução. In LAGRASSA NETO, Caetano. NALINI, José Renato. DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Execução Penal – visão do TACRIM-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 217.

[150] GRINOVER, Ada Pellegrini. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. FERNANDES, Antonio Scarance. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. Fascículos de Ciências Penais, trimestral, ano 4, v.4, n.3, jul.-ago.-set., 1991, p. 4-5.

o regime de seu cumprimento (progressão de regime), sem que, com isso, tenha sido afetado o trânsito em julgado do processo de conhecimento.

O objeto do processo de execução é o cumprimento do comando emergente da sentença condenatória e sua adaptação de acordo com as necessidades da execução em concreto[151]. Por sua vez, "o objetivo da execução penal não se limita ao cumprimento da pena, já que também deve propiciar ao condenado condições para o seu retorno harmônico à sociedade (...) a reinserção social do condenado constitui um dos objetivos fundamentais da execução penal, de forma que o Estado deve providenciar todos os aparatos para a sua efetivação"[152].

Outrossim, não se pode ficar à margem da preocupação do Legislador com a prevenção diante da figura do condenado. Além de cumprir a coisa julgada consubstanciada na sentença ou acórdão isto deverá propiciar, ao mesmo tempo, as necessárias condições para a harmônica integração social do sentenciado, condições para que ele se integre à sociedade. Há sem dúvida uma forte preocupação do Estado com a prevenção especial e a promoção da sociabilidade do indivíduo que foi penalmente condenado. Com isso se pretende que esse indivíduo, ao deixar o cárcere, esteja em condições de interagir de modo viável na sociedade da qual esteve distante por determinado tempo. É bom para esse indivíduo e é bom para a sociedade[153].

2.1.1. Direito Penitenciário ou Direito da Execução Penal?

Cumpre destacar a distinção estabelecida por Antônio Luiz Pires Neto e José Eduardo Goulart[154] que ensinam "O direito da Execução Penal tem

---

[151] FERNANDES, *Execução Penal: aspectos jurídicos*. *op. cit.,* p. 69.

[152] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit*., p. 36.

[153] AMARAL, Cláudio do Prado. *Em busca do devido processo na execução penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 81, nov-dez. 2009, pp. 171-172.

[154] PIRES NETO, Antonio Luiz. GOULART, José Eduardo. *Execução Penal – visão do TACrimSP*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 49.

maior amplitude em relação ao Direito Penitenciário, não se confundindo com este. Direito da Execução das Penas: é o conjunto das normas jurídicas referentes à execução de todas as penas. Direito Penitenciário: preocupa-se unicamente com o tratamento dos presos, buscando o aperfeiçoamento das leis que ordenam a convivência na prisão, para melhorar a vida interna dos reclusos". Ainda, acrescentam: "Penalogia: compreende o estudo das penas, em espécie, das medidas de segurança e do patronato pós-carcerário. Visa ao ordenamento jurídico no que se relaciona à execução de todas as penas e, especialmente, aos Princípios Gerais emanados do Sistema Constitucional a respeito de seu objeto como, também, aos direitos, deveres e garantias do condenado".

Assim, preferimos a utilização da expressão Direito da Execução Penal, posto ser mais abrangente e disciplinar as normas, garantias, direitos e deveres durante o processo de execução penal, seja este de pena privativa de liberdade ou não.

2.2. Natureza jurídica do processo de execução penal.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica do processo de execução penal, havia quem sustentasse ter natureza administrativa (essa posição não encontra mais adeptos na doutrina atual[155] e a própria exposição de motivos da lei de execução penal afasta essa ideia[156]), outros defensores da natureza jurisdicional e, ainda, os que argumentam ter natureza mista.

---

[155] "Nos dias atuais, a doutrina se divide basicamente em duas correntes. Afirma-se, por um lado que a execução penal possui natureza mista (...) e a percepção segundo a qual a execução penal possui natureza jurisdicional, posição esta mais coadunada com a Constituição de 1988". (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 103-104).

[156] Exposição de motivos nº 213 de 09 de maio de 1983. Item "10. 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".

Defendendo esta última posição (natureza mista), Paulo Lúcio Nogueira sustenta que "a execução penal é de natureza mista, complexa e eclética, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo"[157]. Todavia, o mesmo autor é claro ao dizer que "não há como negar que o juiz da execução é chamado frequentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional"[158].

Segundo Ada Pellegrini Grinover, "não se nega que a execução penal é atividade complexa que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais"[159] e "a dificuldade de atribuir com clareza uma ou outra natureza jurídica à execução penal talvez resida no fato de que, nela, três diversos aspectos poderiam ser destacados: a relação entre a sanção e o *ius puniendi*, pertencente ao direito penal; o título executivo, inserido no processo penal; a expiação da pena, parte integrante do direito administrativo". A mesma autora prossegue afirmando que "é inquestionável, contudo, a tendência da moderna doutrina processual penal no sentido da jurisdicionalização do processo de execução penal"[160], inclusive citando exemplos em direito comparado, v.g., a Itália.

Modernamente, tem prevalecido, com toda razão, a tese da natureza jurisdicional do processo de execução da pena.

---

[157] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 5-6, citado por MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal Anotada*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

[158] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 228, citado por AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*, 3ª ed., São Paulo: Editora Método, 2016, p. 10.

[159] GRINOVER, Natureza Jurídica da Execução Penal, o*p. cit*., p. 7.

[160] GRINOVER, Natureza Jurídica da Execução Penal, *op. cit.,* p. 6.

Não se nega que diversos aspectos durante a execução da penal possuem natureza administrativa, mesmo quando o juiz é chamado a interceder.

Assim, por exemplo, a atividade correicional do juiz no desenvolver das visitas mensais às unidades prisionais[161] tem natureza administrativa, embora das constatações eventualmente feitas possa surgir algum processo jurisdicional.

Todavia, "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"[162]. Logo, "apesar de alguns atos administrativos fazerem parte da atuação do magistrado, sua intervenção na execução da pena é essencialmente jurisdicional"[163]. Ainda, "a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve (...) embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividade administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução"[164]

Outrossim, o ato administrativo tem por essência a realização da vontade do Estado, sobrepondo-se aos interesses individuais envolvidos[165], o que não se pode admitir no processo de execução penal. Embora, obviamente, o seja de maneira forçada, como a regra nos processos de execução, independem da vontade do executado, não se pode dimensionar acima os interesses punitivos contra as garantias fundamentais do indivíduo.

---

[161] Art. 66, inciso VII, LEP: "Compete ao Juiz da Execução: VII) inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade".

[162] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 105.

[163] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit*., p. 10.

[164] MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal,* 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32-33.

[165] "Pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 196.)

Antonio Scarance Fernandes ensina que “evidenciar que a execução penal é jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário”[166].

Além do mais, fosse administrativo o processo de execução penal, o sentenciado seria o objeto do procedimento, o que não se justifica, visto ser um sujeito de direitos. “A natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos, mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas aos condenados as garantias constitucionais do ‘devido processo legal’; o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual e a ‘par condicio’”[167]. Sobre os princípios incidentes no processo de execução penal, escreveremos na sequência.

Sendo o sentenciado titular de direitos e garantias e não mero objeto do processo de execução penal, evidencia-se a natureza jurisdicional do processo executório da pena, com a contraposição dos interesses envolvidos. “Enxergar a execução penal como atividade de natureza jurisdicional significa em primeiro lugar assumir que não há prevalência do interesse estatal sobre o

---

[166] FERNANDES, *Execução Penal: aspectos jurídicos. op. cit.*, p. 70.

[167] GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO, FERNANDES, *A exigência de jurisdicionalização da execução*, *op. cit.*, p. 6.

individual, mas polos distintos de interesse (Estado e indivíduo), cada qual refletindo suas próprias pretensões (retributivo-preventiva e libertária, respectivamente)"[168].

Somando-se a todos posicionamentos doutrinários no sentido de que o processo de execução penal tem natureza jurisdicional, a própria legislação reforça este entendimento. O artigo 2º da Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984) dispõe que "*a jurisdição penal dos juízes* ou tribunais da justiça ordinária, em todo território nacional, *será exercida, no processo de execução*, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal" (sem grifo no original). O texto legal é claro em estabelecer a jurisdição penal exercida pelos juízes no processo de execução penal, evidenciando o princípio da jurisdicionalidade no processo executório da pena.

2.3. Princípios do processo de execução penal.

Tendo, o processo de execução penal, natureza jurisdicional conforme vimos, há incidência de todos os princípios constitucionais. "A execução da pena submetida a determinados princípios fundamentais, de ordem garantista, foi consagrada em termos reais, sobretudo com a sua retirada da esfera administrativa penitenciária, e a outorga de seu controle ao Poder Judiciário"[169]. Por óbvio, em casos de conflitos de princípios, deverá ser feita análise diante das circunstâncias envolvidas[170].

Neste item, iremos analisar os princípios mais relevantes que incidem no processo de execução penal, principalmente aqueles expressos na Constituição Federal de 1988 e que visem a assegurar um cumprimento mais humanizado da pena privativa de liberdade, necessário "definir um estatuto que

---

[168] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 104.

[169] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 22.

[170] O conflito entre normas constitucionais iremos analisar no capítulo 3.

‘restitui’ ao condenado a sua dimensão de ser humano: o indivíduo-recluso torna-se sujeito de direitos que lhe demarcam a fronteira da ‘humanidade’”[171].

2.3.1. Princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, que remonta o movimento do Iluminismo, é um dos mais importantes para conter os arbítrios contra os indivíduos, ao passo que toda ação deve ser pautada nos ditames da lei. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da legalidade em matéria penal no artigo 5º, inciso XXXIX[172].

No processo de execução penal, a exposição de motivos da Lei de execução penal foi clara em estabelecer que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”[173].

Deixa evidente, também, o princípio da legalidade como instrumento para assegurar a dignidade do condenado durante a execução da pena que se dará da forma mais humanizada possível.

Igualmente, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu artigo 45, estabelece que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. A própria lei já prevê as faltas disciplinares, as sanções, sua aplicação e procedimento (artigos 49 a 60 da Lei de Execução Penal[174]). É uma forma de se conter abusos e discricionariedade da Administração Pública nas penitenciárias. Logo, não poderá haver

---

[171] RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: RT, 2001, p. 67 citada por PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 23.

[172] Artigo 5º, XXXIX da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

[173] Exposição de motivos nº 213 de 09 de maio de 1983, item 19.

[174] Artigos 49 a 60 da Lei de Execução Penal (vide Anexo I).

condenação disciplinar do sentenciado fora daquilo que está expressamente previsto em lei, em respeito ao princípio da legalidade.

Ensina Rodrigo Duque Estrada Roig que "o princípio da legalidade representa afinal a grande amarra ao discricionarismo na execução da pena, no intuito de, por um lado, obstar a criação de um direito próprio (dentro do espaço do *não direito*) às pessoas privadas de liberdade e, por outro lado, conter as tentações positivistas e inquisitórias de reificação do ser humano em situação de encarceramento"[175].

2.3.2. Princípio do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal "é decorrência natural de um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana integra o centro político nevrálgico"[176]. Ensina Canotilho que o princípio do devido processo se extrai do princípio democrático, que por sua vez decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa a dimensão antropocêntrica do Estado Democrático de Direito[177].

O princípio do devido processo legal, ainda que em linhas bem gerais, tem seu antecedente mais remoto no artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. Utilizava-se o termo "law of the land" e, apenas posteriormente, começou a ser mencionado o "due process of law"[178].

A garantia do devido processo legal está prevista constitucionalmente entre os direitos fundamentais. O artigo 5º, inciso LIV do texto da Carta Maior estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

---

[175] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit*., p. 45.

[176] AMARAL, *Em busca do devido processo na execução penal*, *op. cit.,* p. 164.

[177] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1099.

[178] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 51.

Por óbvio, se há necessidade do devido processo legal para privar alguém de sua liberdade, aquele que já está com esta privada, também tem o direito ao devido processo legal para regular a execução da pena. Tal princípio tem "manifesta importância na execução penal, já que nenhum castigo, nenhuma sanção pode ser aplicada ao condenado sem a instauração do devido procedimento disciplinar, nos termos dos artigos 59 e 60 da Lei de Execução Penal"[179].

Afora a observância do devido processo legal na apuração das sanções disciplinares ocorrida no curso do processo de execução penal, também há necessidade de se observá-lo no julgamento dos benefícios e incidentes ocorridos durante o processo executório penal, sempre com participação das partes.

2.3.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em consonância com o princípio do devido processo legal, nos julgamentos a serem proferidos no processo de execução penal, também é imperioso se observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O texto constitucional brasileiro prevê no artigo 5º, inciso LV que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A noção clássica de contraditório, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que abrange como elementos a necessidade de informação e a possibilidade de reação, pode ser definida como a "ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los"[180].

---

[179] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit*., p. 24.

[180] MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios Fundamentais do Processo Penal, Ed. RT, 1973, p. 81, citado por FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 65.

No processo penal, o princípio do contraditório deve ser pleno e efetivo com a necessidade de informação e a possibilidade de reação. “Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reis de contraria-los. Liga-se, aqui o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”[181].

No que diz respeito ao processo penal, interessante observar que o contraditório não é exigido na fase investigatória. A bem da verdade, trata-se de um contraditório diferido, postergado, pois o investigado será informado e poderá se manifestar, posteriormente, sobre todos os elementos colhidos na fase de investigação. Todavia, não faz sentido, informa-lo, por exemplo, que está sendo investigado por meio de interceptação telefônica, sob pena de se tornar absolutamente inútil a prova. Obviamente, depois de colhida a prova, o acusado poderá se manifestar sobre a mesma e até impugnar tanto seu conteúdo como a formalidade. Há certamente a possibilidade do contraditório diferido, pois a “Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase de inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita”[182] ou mesmo anulada não tendo validade para o julgamento da causa.

O contraditório é imperioso durante todo o processo de execução penal. Igualmente, tanto no procedimento para apuração de sanções disciplinares como no julgamento de incidentes e benefícios ao sentenciado.

---

[181] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 65.

[182] GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp.110-111.

No que diz respeito à ampla defesa, também no processo de execução penal, deve ser assegurada a defesa técnica, bem como a autodefesa. Aos sentenciados que não tiverem defesa contratada, cabe ao Estado garantir a defesa técnica por meio de defensores públicos.

São muito comuns, no curso do processo de execução penal, as "cartas" enviadas pelos presos requerendo o deferimento de benefícios como livramento condicional e progressão de regime. Tais documentos devem ser encaminhados aos órgãos de defesa, como a Defensoria Pública, para que possam postular em favor do sentenciado os pedidos de acordo com os conhecimentos técnicos jurídicos.

2.3.4. Princípio da publicidade.

O princípio da publicidade está previsto no texto constitucional brasileiro (artigo 37[183]) e tem como destinatário toda a Administração Pública, bem como é aplicável em todos os processos jurisdicionais, salvo casos em que pode ser restringida quando o interesse público assim exigir e nos termos da lei[184] [185]. Não se admite, em um Estado Democrático de Direito, um processo secreto, típicos de Estados autoritários, sem que seja dada oportunidade de conhecimento e, dessa forma, controle pelos demais agentes envolvidos.

A publicidade é fundamental para assegurar a legitimidade de um ato, "até mesmo porque a busca do reconhecimento de que tal ato é correto, razoável e aceitável depende, em parte, de sua aceitação popular, que incorrerá

---

[183] Artigo 37 CF: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...".

[184] Artigo 5º, LX, CF: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

[185] Artigo 5º, XXXIII, CF: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

sem que o mesmo seja público. A publicidade assegura a transparência dos atos públicos”[186].

Por sua vez, ao mesmo tempo em que a publicidade dos atos deve ser fomentada afim de garantir-lhe legitimidade, o seu excesso, a exasperação da publicidade pode ser nociva. O sensacionalismo que pode ser exercido tem o poder de influenciar negativamente a opinião pública, causando pressões impertinentes ao julgador.

No que diz respeito à execução penal, há preocupação em não se expor a pessoa do condenado, já estigmatizada na sociedade, à prática de atos que evidenciem sensacionalismo, consoante dispõe o artigo 41 da Lei 7.210/84 ao tratar dos direitos do preso, assegurando a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

Na mesma linha, o artigo 198 da Lei de Execução Penal “veda a publicidade de atos que possam expor o condenado a inconveniente notoriedade no decorrer da execução penal. Observa-se, por outro lado, pela mesma norma, que é vedada a notícia de fatos que possam perturbar a segurança e a disciplina dos estabelecimentos penitenciários”[187].

Um ponto interessante de se estabelecer durante a execução penal é que o juiz corregedor dos presídios, ao realizar a visita correicional das unidades penitenciárias, deve também garantir a publicidade quanto ao seu relatório e às reais condições do cumprimento de pena pelos sentenciados. Verificações de superlotação, condições precárias de higiene, as quais, infelizmente, fazem parte da realidade carcerária nacional, devem ficar à disposição de quem tiver interesse, bem como serem enviadas aos poderes competentes, para que medidas sejam tomadas para sanar tais irregularidades ou, ao menos, minimizá-las. Não se pode negar que a aceitação dessa situação carcerária é incompatível com a evolução do sistema.

---

[186] BADARO, *Processo Penal*, *op. cit.,* p. 29.

[187] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 33.

2.3.5. Princípio da humanidade.

A dignidade da pessoa humana está consolidada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Sua importância, nos ordenamentos jurídicos pelo mundo, e nos textos normativos internacionais, é cada vez mais destacada. Ela "possui um amplo espectro de aplicação jurídica, não apenas como princípio, determinando um estado de coisas a ser alcançado por meio de certas condutas, mas também como postulado normativo, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas"[188]. Esta vertente hermenêutica da dignidade humana é uma diretriz interpretativa de todos os conflitos de normas.

Os direitos humanos são uma temática recorrente quando se trata do sistema carcerário, o que não se verifica apenas no âmbito nacional. Nos Estados Unidos da América, há uma profunda discussão sobre o sistema penitenciário local e os danos decorrentes do encarceramento em massa[189] em um país com a maior população carcerária do mundo[190]. Discutem-se os problemas sociais a que são acometidos os egressos[191], bem com a questão do cárcere feminino e suas consequências[192]. Tudo a demonstrar que, problemas com o sistema penitenciário, não são uma exclusividade brasileira, tampouco de países subdesenvolvidos.

---

[188] COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

[189] GERTNER, Nancy, *Undoing the damage of mass incarceration*, in https://www.bostonglobe.com/opinion em 04/11/2015.

[190] Vide "Relatório "*Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil e Quantitativo da População Carcerária*" realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em junho de 2014, o qual pode ser acessado: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

[191] WALSH, Collen. *From prison to poverty: Released inmates return to a host of social ils, which often undermine them*, in http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/02/from-prison-to-poverty/ em 24/02/2015.

[192] *Women behind bars* in http://www.nytimes.com em 30/11/2015.

A preocupação com os direitos humanos das pessoas presas diz respeito ao princípio da humanidade durante a execução da pena. Este, por sua vez, "está estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, que na verdade encontra nele seu fundamento substancial último"[193].

O texto constitucional brasileiro expressou o princípio da humanidade para com a pessoa do condenado em diversas disposições, assegurando, ao preso, o respeito à integridade física e moral[194], bem como o direito da mulher condenada em permanecer com seus filhos durante o período da amamentação[195]. Mas, o ápice do princípio da humanidade em nível constitucional está demonstrado no artigo 5º, inciso XLVII ao estabelecer que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis[196]. Também, o princípio da humanidade decorre do fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) e da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, CF).

Nos textos internacionais, destaca-se, em relação ao princípio da humanidade, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 que expressamente o consagra em seu artigo 10: "toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana". Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante (artigo 5º), bem como diversos outros textos internacionais fazem previsões nesse sentido[197].

O princípio da humanidade determina a prevalência dos direitos humanos inclusive na execução da resposta penal, proibindo-se penas

---

[193] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal, op. cit.,* p. 25.

[194] Artigo 5, XLIX, CF: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

[195] Artigo 5, L, CF: "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

[196] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal, op. cit.*, p. 25.

[197] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.*, p. 31.

insensíveis e dolorosas[198] para além do que já representa a própria privação da liberdade.

Um processo de execução penal mais célere e humanizado é o grande desafio dos atuais operadores do direito que se debruçam sobre o tema. Não se pode admitir atrasos no processo de execução penal, visto que tem por objeto o direito da liberdade do cidadão. Ao mesmo tempo, urge uma execução penal com características mais humanizadoras, com respeito ao núcleo irrenunciável de direitos do ser humano, sua dignidade, mesmo contra aqueles que cometeram crimes gravíssimos.

O princípio da humanidade na execução penal vem como desenvolvimento de modernos estudos sobre o tema, ele constitui "o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos"[199].

A execução da pena não pode atingir a pessoa do condenado para além do necessário para a prevenção penal[200], não pode ser utilizado como instrumento de punição vingativa, atingindo a dignidade da pessoa humana e visando produzir danos físicos e morais desnecessários ao condenado.

O próprio texto normativo da lei de execução penal estabelece que as sanções disciplinares não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado, sendo, também, vedado o emprego de cela escura

---

[198] AVENA,. *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* p. 08.

[199] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit*., p. 38.

[200] Tanto a prevenção geral, como a prevenção especial. O Direito Penal, "por meio da cominação de penas (...) visa o legislador atingir o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que seja evitada a conduta proibida (prevenção geral). Falhando essa ameaça, ou esse apelo, transforma-se a pena abstratamente cominada, com a sentença criminal, em realidade concreta, e passa, na fase de execução, a atuar sobre a pessoa do condenado, ensejando sua possível emenda ou efetiva neutralização (prevenção especial). Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam" (TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.

(artigo 45, §1º e 2º) externando a incidência do princípio da humanidade na seara executória da pena.

Não se pode negar que, para plena incidência do princípio da humanidade na execução penal, será necessária uma evolução maior dos valores sociais, uma mudança de pensamento quanto a preocupação com o preso, sobre as responsabilidades da sociedade quanto a isso.

A falsa impressão de que o tratamento cruel ao encarcerado pode levar à diminuição dos índices de criminalidade deve ser superada. Os condenados "não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas"[201]

A preocupação com os direitos humanos, não apenas em sede de execução penal, atinge amplitude global, havendo grande resistência de parte da sociedade na sua aplicação de forma plena, sendo que "tão somente será possível a almejada mudança mediante a inserção de novos valores na própria sociedade, fazendo com que esta, mesmo que tardiamente, perceba o quão importante é para todos, sem distinção, a presença deste humanístico fundamento"[202].

E mais, "até chegarmos a uma situação de relativa humanização do sistema penitenciário há um longo e doloroso caminho, que passa pela evolução cultural ... por uma nova mentalidade, que faça nascer e uma nova vontade social ... e a vontade política de mudar. Passa, também, pela superação de nossa notória incompetência, sem falar da corrupção que assola esse País"[203].

---

[201] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

[202] JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. Dos direitos humanos do preso. Franca: Lemos & Cruz, 2005, p. 60, citado por PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal, op. cit.*, p. 27.

[203] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal, op. cit.*, p. 26, nota de rodapé 10.

Portanto, inegável a necessidade de maior sedimentação do princípio da humanidade em sede de execução penal, inserindo novos valores para a sociedade, despertando-a para uma realidade na qual não cabe mais tratamento cruel a quem quer que seja, concretizando valores morais, de respeito ao próximo, para que, como sociedade democrática, possamos evoluir e nos construir como um país desenvolvido não apenas economicamente, mas em seus valores sociais.

2.3.6. Princípio da individualização da pena.

O princípio da individualização da pena está previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XLVI da Carta Maior que dispõe "a lei regulará a individualização da pena ..." expressando uma garantia constitucional relativa na medida em que sua regulamentação depende de lei[204].

Assim, a lei deverá sempre, por determinação constitucional, atentar-se à individualização da pena.

O primeiro momento de atuação do princípio da individualização da pena diz respeito ao próprio legislador, a chamada individualização legislativa, em que, no processo de elaboração legal, o tipo criminal, em seus preceitos primários e secundários, deverá ser feito de acordo com a gravidade da conduta e o bem jurídico tutelado penalmente. "A individualização legislativa é a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados"[205].

---

[204] SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.,* p. 145.

[205]MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal, v. III, São Paulo, Saraiva, 1954, p. 236, citado por SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.,* p. 145.

O segundo momento é a individualização judicial na qual, o juiz, pautado nos critérios orientadores do artigo 68 do Código Penal[206], utilizando de um juízo discricionário, mas sempre em observância ao princípio da legalidade, adequará, dentre a pena prevista em abstrato para o delito pelo legislador, aquela que mais atenda às funções da pena (punitiva e preventiva) de acordo com as características individuais do acusado. A sentença condenatória há de ser o resultado da ponderação que o juiz faz dos elementos do crime com relação a cada réu, "transformando em coação concreta o preceito sancionador abstrato da norma penal"[207].

Passada a individualização judicial, está constituído o título em que se baseará o processo de execução penal. Surge, então, o terceiro momento, e o que mais importa a este trabalho, o da individualização executória.

O próprio texto constitucional já estipula uma diretriz mínima de individualização na fase executória quando estabelece que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (artigo 5º, inciso XLVIII). Do mesmo modo, a determinação de se separar presos provisórios de presos com condenação definitiva[208]. Todavia, muito mais do que simplesmente separar os estabelecimentos prisionais seguindo estas diretrizes, a individualização na fase executória deve ter em conta as características de cada sentenciado, para que possa adequadamente desenvolver terapêuticas penais para propiciar a ressocialização do preso.

Não se pode negar, contudo, que a realidade do sistema carcerário brasileiro prejudica, e muito, a individualização na fase executória. Prisões com grande número de detentos não propiciam o ambiente adequado para se desenvolver projetos de forma individualizada a cada condenado. "A execução em massa da pena não possibilita obediência adequada à

[206] Artigo 68, CP: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento".

[207] SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.,* p. 146.

[208] Artigo 300 CPP: "As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal".

individualização. A ampliação das penas alternativas, possibilitadas pela alínea 'd' deste inciso – XLVI -, seria o caminho para o respeito à garantia constitucional que nos ocupa aqui"[209].

Outrossim, a execução individualizada se demonstra na proibição de sanções coletivas[210], bem como na análise de cada benefício processual e nas punições disciplinares. "A individualização consiste na apreciação do caso concreto, pelas vias administrativa e judicial, sem o recurso a considerações genéricas ou de índole preventiva, sobretudo em matéria disciplinar, uma vez que qualquer medida que importe em elevação do sofrimento carcerário já naturalmente experimentado não pode se dar em função da necessidade de promover exemplo aos demais, mas em virtude da atuação concreta do agente"[211].

2.3.7. Princípio da intranscendência.

Em complemento ao princípio da individualização da pena no processo de execução penal, o princípio da intranscendência, também presente neste, determina que a penalização não pode passar da pessoa do condenado.

Portanto, além da obrigatoriedade da pena ser fixada e executada de forma individualizada, ela não pode ultrapassar aquele que cometeu o ilícito. Tal princípio também é chamado de princípio da pessoalidade ou da personalidade[212].

A Constituição Federal dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação

---

[209] SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.*, p. 146.

[210] Art. 45, LEP: "Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. §3º São vedadas as sanções coletivas".

[211] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.*, p. 59.

[212] Rodrigo Roig denomina como Transcendência mínima porque, com uma visão mais realista do sistema penal, não existiria intranscendência dos efeitos penais, posto que a pena criminal, de algum modo, sempre afeta outras pessoas (ex.: familiares de presos) (ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 67).

de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido" (artigo 5º, inciso XLV)[213].

Nesse aspecto, importante observar no que diz respeito a questão patrimonial. Levando-se em conta o princípio da intranscendência da pena, tal qual demonstrado, de se distinguir a perda de bens e valores como pena restritiva de direitos (artigo 43, inciso II, do Código Penal) da perda de bens e valores como efeito da condenação transitada em julgado (artigo 91, inciso II, alínea 'b', e §1º, do Código Penal). Esta incide sobre valores oriundos do produto do crime, os bens adquiridos com o proveito da infração penal e sobre os bens e valores equivalentes ao produto ou ao proveito do crime. Neste caso, como o confisco do patrimônio é um efeito automático da condenação, mesmo que morto o réu, nada impede que os bens sejam confiscados. Por sua vez, no caso de pena restritiva de direitos de perdas de bens e valores, se o réu morre após a condenação, mas antes dos bens serem confiscados, fica prejudicada a execução da pena em razão do princípio da intranscendência ou pessoalidade[214].

2.3.8. Princípio da duração razoável do processo.

O princípio da duração razoável do processo é, seguramente, um dos mais importantes a ser analisado no que diz respeito ao processo de execução penal.

Elevado à categoria de direito fundamental pela Emenda Constitucional 45 de 2004, a qual introduziu no texto constitucional o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, com a disposição: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

---

[213] No mesmo sentido, o artigo 5, item 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "A pena não pode ultrapassar a pessoa do delinquente".

[214] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* p. 06.

A principal problemática surgida é a questão de definição do que seria um prazo razoável, vez que remonta à ideia de tempo, o que é relativizado, inclusive por teorias físicas.

Não houve fixação pela norma constitucional brasileira de qual seria o termo para prazo razoável em um processo, seja judicial ou administrativo. Poderia, por exemplo, o legislador ter fixado que um processo judicial deveria terminar em 2 anos, que um benefício processual teria que ser julgado em 3 meses. Certamente, esse não seria o melhor caminho, estando a trazer, possivelmente, mais problemas que soluções. Mas, é imperioso que tenhamos algumas diretrizes para estabelecer quando um processo está dentro de um prazo razoável ou não, neste último caso, violando norma fundamental.

A Constituição Federal brasileira (artigo 5º, inciso LXXVIII) adotou a doutrina do não prazo, não definindo critérios e conceitos sobre a duração razoável do processo[215]. Diante dessa lacuna, quatro referenciais podem ser adotados pelos tribunais brasileiros, como ocorre no TEDH e na CADH, quais sejam: i) complexidade do caso; ii) atividade processual do interessado (imputado) que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora; iii) a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc); iv) princípio da razoabilidade[216] [217].

Pautados por esses referenciais, podemos concluir se o direito à duração razoável do processo foi atingido no caso concreto ou não. Observa-se que, ainda assim, há carga subjetiva na definição, o que não tem como ser afastado. As interpretações judiciais devem, acima de tudo, pautar-se pelo bom senso e solução dos conflitos envolvidos.

Importante aplicação da duração razoável do processo diz respeito ao preso cautelarmente, contra o qual pode existir um processo de

---

[215] De se notar que o Código de Processo Penal faz referência a diversos prazos para realização de atos (artigos 400, 412, 531 entre outros), todavia a inobservância dos mesmos é despida de qualquer sanção, razão pela qual pode se concluir que não há definição exata para a duração razoável do processo.

[216] LOPES Jr, *Direito Processual Penal*, *op. cit.,* p. 199.

[217] BADARO, *Processo Penal*, *op. cit.,* p. 35, nota de rodapé 126.

execução penal provisório[218], sendo que o desrespeito da norma deve implicar na imediata soltura do acusado.

Trata-se de um dos aspectos do direito ao processo em prazo razoável, qual seja, o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado em um tempo razoável ou sem dilações indevidas[219]. Desse modo, toda vez que o processo penal em que exista um acusado preso cautelarmente ultrapassar o prazo razoável sem que haja julgamento ou que comece a ocorrer dilações indevidas, o preso deve ser colocado em liberdade, passando a prisão ser ilegal e com consequente relaxamento pela autoridade judiciaria em conjunção dos incisos LXXVIII com o LXV[220] ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Fixada esta premissa do direito fundamental ao processo com duração razoável, pautado em ausência de dilações indevidas, com uma conduta proativa das autoridades envolvidas visando a célere solução do conflito, passamos a analisar o que seria duração razoável do processo em execução penal.

Seria muito simplista e bastante óbvio dizer que o processo de execução penal tem seu termo final com o esgotamento do prazo da pena. Assim, aquele condenado a uma pena privativa de liberdade de 5 anos, teria um processo executório no prazo razoável com o cumprimento dos 5 anos. Tal afirmação não é correta.

Embora saibamos que a triste realidade do sistema judicial brasileiro de controle de execuções de penas criminais não raras vezes permite que pessoas fiquem presas por prazo além do previsto em sua condenação, a

---

[218] Sobre execução provisória da pena falaremos mais detalhadamente no item 2.4.5. neste mesmo capítulo.

[219] BADARO, *Processo Penal*, *op. cit*,, p. 34 ["O direito ao processo em prazo razoável deve ser analisado em um dúplice aspecto: (1) o direito a um processo penal ou de qualquer natureza (civil, trabalhista ...), em prazo razoável e sem dilações indevidas; (2) o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado em um tempo razoável ou sem dilações indevidas"].

[220] Art. 5º, LXXVIII, CF: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" e Art. 5º, LXV, CF: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

simples observância deste não significa que o processo executório se desenvolveu em prazo razoável.

Existem diversos incidentes no curso do processo de execução penal e estes precisam ser julgados em prazo razoável até porque interferem diretamente na forma como a pena será cumprida (v.g. progressão de regime, livramento condicional) como na quantidade de pena (v.g. remição, unificação das penas com reconhecimento de concurso de crimes).

Não se pode admitir que o preso fique em uma situação jurídica para além do tempo que deveria ficar na execução da pena. Assim, se atinge o lapso para progressão de regime em determinada data, nesta ele deve ter seu direito reconhecido e concretizado. Infelizmente, não é essa a realidade da maioria das varas de execução criminal do nosso país. O volume insalubre de processos acaba servindo como justificativa para atrasos que não poderiam ocorrer.

Tanto é assim que, em data recente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº56[221] que determina a imediata transferência do sentenciado para o regime menos gravoso quando teve seu direito reconhecido. A existência da súmula demonstra que era prática a não colocação do sentenciado no regime de cumprimento de pena que tinha sido beneficiado sob o argumento de inexistência de vaga.

Mas, além da imediata colocação do preso no regime a que foi progredido, é imperioso que o reconhecimento desse direito também seja feito no exato prazo em que atingiu o lapso para progressão. Não se pode admitir que apenas após ter cumprido o tempo de pena necessário ao benefício, o pedido seja feito e, após o regular processamento, deferido. Pelo contrário, o que se deve estimular são os deferimentos antecipados de benefícios com data futura para cumprimento[222]. O benefício é de deferido para ser cumprido no futuro,

---

[221] Súmula vinculante 56 STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

[222] Tal prática tem sido adotada no Departamento Estadual de Execuções Criminais da 2ª Região Administrativa Judiciária de Araçatuba/SP e os resultados são os mais positivos possíveis.

condicionando o cumprimento à manutenção da situação jurídica do condenado. Qualquer fato novo deve ser comunicado ao juízo da execução penal (por exemplo, o cometimento de falta grave) para que seja analisada a revogação do benefício que fora deferido e ainda não cumprido.

Deste modo, quando um sentenciado apresenta um pedido de livramento condicional, tendo cumprido os requisitos de ordem subjetiva e o requisito objetivo (tempo de cumprimento de pena) será concretizado em data futura não muito distante, o benefício é deferido para ser cumprido no exato dia em que se atinge o lapso temporal exigido pela lei, salvo se entre a data do deferimento e a data em que deverá ser cumprido, ocorrer algum fato que possa interferir, como, por exemplo, o cometimento de falta de natureza grave por parte do sentenciado. Se nada ocorrer, a direção da unidade prisional cumpre o benefício na data estipulada na decisão.

Além de dar efetividade ao direito da duração razoável do processo, assim como do devido processo legal e muitos outros, esta prática traz tranquilidade para o ambiente da penitenciária, vez que o preso com benefício já deferido a ser cumprido em data futura não se envolve em qualquer problema para não ter sua situação jurídica agravada.

Portanto, no processo de execução penal, muito mais do que garantir que o preso não fique privado de sua liberdade para além do estabelecido no comando judicial constante na sentença, a garantia da duração razoável do processo significa dizer que os benefícios devem ser julgados no exato tempo do preenchimento dos requisitos objetivos (lapsos temporais de cumprimento de pena), sem dilações indevidas.

2.3.9. Princípio proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem sido um dos grandes avanços na ciência processual penal. Desenvolvido inicialmente na Alemanha, com influência dos pensamentos iluministas e jusnaturalistas, pautado na ideia

de que “a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores”, sendo denominado, inicialmente, de princípio da proibição do excesso[223].

Em execução penal, é imperiosa a incidência do princípio da proporcionalidade na interpretação dos direitos e garantias envolvidos. Encontrar a justa medida entre a punição a qual já está sendo submetido o sentenciado e os direitos envolvidos com base na proporcionalidade em concreto. É um princípio que obriga o “operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito”[224]. Deve ser visto, sobretudo no processo de execução penal, como “princípio de garantia do indivíduo contra os abusos no exercício do poder”[225].

Trata-se de uma regra hermenêutica importantíssima no conflito entre direitos e princípios, sendo que melhor analisaremos seu conteúdo no capítulo subsequente, utilizado como regra para solução da colisão entre direitos fundamentais.

Diversas são as situações práticas no curso da execução penal em que o princípio da proporcionalidade indica a solução mais adequada. Assim, não se mostra razoável, proporcional a solução a ser dada ao preso que não comparece no horário determinado para o retorno da saída temporária. Imperioso, com base na proporcionalidade, que seja feita distinção entre atraso, retorno espontâneo após o término do prazo e a fuga propriamente dita. Uma visão simplista levaria a considerar como foragido todo e qualquer preso que não retorna para a unidade prisional no prazo e horário estabelecidos. Todavia, sempre há quem volte com algumas horas de atraso, aquele que, em um primeiro momento não retorna, mas passados alguns dias decide, espontaneamente, retornar, bem como aquele que simplesmente não retorna e tem que ser recapturado.

---

[223] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.*, p. 58.

[224] SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales em proceso penal. Madri: Colex, 1990, p. 17, citado por FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.*, p. 59.

[225] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.*, p. 59.

Tratar as três situações como idênticas, punidas como falta grave, ensejando a regressão do sentenciado ao regime fechado, fere a proporcionalidade dos atos judiciais. Desse modo, o atraso pode ser punido com advertência. Por sua vez, o retorno espontâneo não pode ser considerado como fuga, sob pena de desestimular que o condenado retorne. Poderá ser punido com falta média, suprimindo o direito que usufrua da saída temporária seguinte. Já o preso foragido, este sim deve ser regredido de regime, voltando a cumprir pena em regime fechado quando for recapturado e condenado por falta grave com todas as consequências legais, por exemplo, perda de até 1/3 dos dias remidos.

Outra situação no processo de execução penal que indica a utilização do princípio da proporcionalidade ocorre nos casos de pedido de livramento condicional em que a condenação é inferior a 2 anos.

O artigo 83 do Código Penal tem a seguinte redação: “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos ...”. Uma interpretação literal deste dispositivo legal conduz ao entendimento de que os condenados a penas inferiores a 2 (dois) anos de privação de liberdade não tem o direito ao livramento condicional. Todavia, com base no princípio da proporcionalidade aplicado no processo de execução penal, há que se entender que, mesmo nas condenações inferiores a 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade, é possível seja concedido o livramento condicional, sob pena de se tratar de forma mais rigorosa aquele que teve uma condenação mais branda do que aquele com uma condenação maior. Não nos parece fazer muito sentido que alguém condenado a penda de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão possa ser beneficiado com o livramento condicional, enquanto quem for condenado a pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses não possua o mesmo benefício. Não há argumento que justifique tal situação, afora a interpretação literal da lei, a qual não pode ser admitida sob pena de se concretizar uma situação de injustiça com aquele que teve uma reprimenda penal mais leve. Todavia, há posicionamentos em ambos os sentidos.

Por fim, a título exemplificativo da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo de execução penal, podemos citar o artigo 49, parágrafo único da Lei de Execução Penal que estabelece, no que diz respeito às faltas disciplinares, "pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada". Pois bem, nem o direito penal pune a tentativa da mesma forma que o crime consumado (artigo 14, parágrafo único, do Código Penal[226]), não se mostra proporcional que a falta disciplinar tentada seja punida com o mesmo rigor que a falta consumada. Imperioso, com base no princípio da proporcionalidade, que haja distinção nas punições de quando se tratar de falta consumada e de quando se tratar de falta tentada, havendo menor rigor e consequências neste último caso.

2.3.10. Princípio do "numerus clausus".

O princípio do "numerus clausus", ou número fechado, tem se desenvolvido cada vez mais diante da situação aflitiva que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, com níveis de encarceramento extremamente altos e um acentuado déficit de vagas.

O Brasil possui atualmente a 4ª maior população carcerária do mundo[227] com 563.526 pessoas presas, ficando atrás, em números absolutos, apenas de Estados Unidos da América (2.228.424), China (1.701.344) e Rússia (676.400). Observar-se que, se formos considerar as pessoas que cumprem pena em regime domiciliar no Brasil, em razão da ausência de estabelecimento penitenciário adequado, a população em cumprimento de pena no Brasil sobe para 711.463, o que nos coloca na 3ª posição entre as maiores populações carcerárias do mundo.

---

[226] Artigo 14, parágrafo único, CP: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços".

[227] Os dados sobre o sistema carcerário brasileiro citados são retirados do Relatório "*Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil e Quantitativo da População Carcerária*" realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em junho de 2014, o qual pode ser acessado em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

O sistema carcerário brasileiro tem capacidade para 357.219 presos, o que indica um déficit de 206.307 vagas, a demonstrar a situação de superlotação.

Frente a essa realidade, o operador do direito não pode se acomodar, surgindo novas teorias e princípios, os quais propõem soluções que visam, ao menos, minimizar a situação atual do sistema penitenciário superlotado.

Nesse contexto, o princípio do "numerus clausus" aponta algumas alternativas para que as unidades penitenciárias não ultrapassem o número de presos referente a sua capacidade, podendo ser conceituado como "o princípio ou sistema organizacional pelo qual cada nova entrada de uma pessoa dentro do sistema prisional precisa corresponder a pelo menos uma saída, de modo que a proporção 'presos-vagas' se mantenha sempre em estabilidade ou em redução"[228]. Mais, trata-se de um princípio que preconiza a redução de população carcerária e não a criação de novas vagas como meio de diminuir a superlotação no sistema prisional. Logo, a solução não está na construção de novas unidades prisionais.

Tal princípio surgiu na França em 1989 pelo Deputado Gilbert Bonnemaison quando fez um relatório com diversas propostas para modernização do serviço púbico penitenciário daquele país, o qual não foi aprovado como lei, mas serviu para que a ideia do "numerus clausus" não fosse esquecida[229].

São apontadas três modalidades de "numerus clausus", a seguir analisadas.

O "numerus clausus" preventivo que consiste na vedação de novos ingressos no sistema penitenciário sempre que já ultrapassada a capacidade da unidade prisional. Cria-se uma lista de espera e o sentenciado

---

[228] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus.* Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 15, São Paulo, janeiro/abril 2014, p. 104.

[229] ROIG, *Um princípio para a execução penal: numerus clausus, op. cit*. p. 105 e 107.

que respondeu ao processo em liberdade somente ingressa no sistema penitenciário quando houver a vaga dentro da capacidade da unidade prisional. Por sua vez, o "numerus clausus" direto é o deferimento de indulto ou prisão domiciliar àqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade. Trata-se de medida que visa a retira imediata de pessoas encarceradas para diminuir a superlotação. Por fim, o "numerus clausus" progressivo que é um sistema de transferência em cascata de alguém do regime fechado para o semiaberto, de outro do regime semiaberto para o aberto (ou prisão domiciliar) ou concedendo um livramento condicional especial, sempre antes do implemento do prazo para progressão de regime ou livramento condicional, verificando-se apenas o mérito da pessoa, o seu comportamento no cárcere e a proximidade para atingir o lapso temporal para o benefício. Seria uma antecipação do benefício quando o sentenciado reunisse méritos a tanto como medida de diminuição da população carcerária[230].

Não se pode negar que a implementação do "numerus clausus" é um projeto ambicioso e de não simples operacionalização. Todavia, não se pode admitir a inércia ante as condições carcerárias que são oferecidas atualmente. A implementação de uma política reducionista depende muito de vontade política para tanto, mas o Estado não pode esconder sua ineficiência em oferecer um sistema carcerário adequado. Outrossim, não se pode simplesmente relegar a solução à construção de novas unidades, o que demanda investimento de dinheiro público que pode ser evitado com a utilização de políticas alternativas com dispositivos desencarceradores. Mais ainda, o dinheiro público que seria destinado à construção de unidades prisionais pode ser direcionado à outras políticas públicas como construção de escolas, hospitais de acordo com a gestão e discricionariedade do administrador público.

2.4. Questões práticas no processo de execução penal.

[230] ROIG, *Um princípio para a execução penal: numerus clausus, op. cit.*, pp. 114-117.

Tal qual no primeiro capítulo, falaremos sobre questões relativas ao processo de execução penal que demonstrem alguma controvérsia ou sejam de repercussão no cenário jurídico nacional e global.

Por óbvio, não abordaremos todas as questões relevantes em execução penal, mas procuramos selecionar alguns itens sobre os quais podemos contribuir, de alguma forma, com esclarecimentos ou, até mesmo, sugestões de alterações legislativas para minimizar alguns dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro.

2.4.1. Exame criminológico.

O chamado exame criminológico é medida prevista no artigo 8º da Lei de Execução Penal[231] e se destina a examinar a personalidade do condenado, focando-a frente ao crime praticado e realizando um diagnóstico criminológico para que se possa elaborar uma prognose positiva ou negativa de reeducação penal[232]. O exame criminológico analisa questões de ordem psicológica e psiquiátrica do condenado, visando revelar elementos como "maturidade, frustrações, vínculos afetivos, grau de agressividade e periculosidade e, a partir daí, prognosticar a potencialidade de novas práticas criminosas"[233].

Fixado o conceito de exame criminológico, discussão prática se instaurou sobre a necessidade de exigência do exame para análise dos benefícios em sede de execução penal, sobretudo progressão de regime e livramento condicional.

---

[231] Artigo 8º da LEP: "O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas a individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto".

[232] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 47.

[233] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* p. 26.

Não há como se negar que a exigência do exame criminológico retarda a análise do benefício porque a estrutura estatal para realizar o mesmo é deficiente e, por vezes, aguarda-se meses até que o laudo seja juntado ao processo.

O artigo 112 da Lei de Execução Penal previa, até o ano de 2003, a exigência do exame criminológico para análise da progressão de regime. Todavia, com o advento da Lei 10.792/2003, tal exigência foi subtraída para os casos de progressão de regime[234]. De igual modo, entendemos que não é requisito obrigatório para o livramento condicional, devendo, sempre, o juiz da execução analisar se é o caso de pedir a elaboração do exame criminológico diante das características do caso concreto.

Não se pode concluir que, então, para análise dos benefícios em execução penal o juiz não tem mais a possibilidade de solicitar o exame criminológico. Todavia, tal prática deve ser reservada para casos específicos em que há uma justificativa razoável para tal exigência.

A análise do requisito subjetivo para deferimento de benefícios está ligada ao mérito do sentenciado que, nem sempre, verifica-se apenas com o atestado de boa conduta carcerária. O exame criminológico é uma faculdade do juiz para que, em determinados casos, possa analisar com maior segurança se o condenado absorveu a terapêutica penal, principalmente em hipóteses em que fixada elevada pena ou de condenado com histórico criminal indicativo de periculosidade[235].

Assim, sempre fundamentadamente, o juiz tem a faculdade de exigir o exame criminológico para análise dos pedidos de progressão de regime e livramento condicional, não sendo obrigatório em nenhum dos casos[236]. Nesse

---

[234] Redação atual do art. 112 LEP: "A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitada as normas que vedam a progressão".

[235] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit*., p. 27.

[236] Artigo 83, parágrafo único, do CP ("Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à

sentido, inclusive, são as Súmulas nº 439 do Superior Tribunal de Justiça[237] e a Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal[238].

Esclarecemos que o juiz deve exercer essa faculdade sempre que as peculiaridades do caso assim exigirem, reservando-o para crimes violentos contra a pessoa com pena privativa de liberdade alta (o crime de lesão corporal é um crime violento contra pessoas, mas, em regra, a pena privativa de liberdade não é alta, não se justificando o exame criminológico em tese), os crimes sexuais, crimes contra a vida, para os casos em que o sentenciado é multireincidente a demonstrar que nas demais vezes que esteve no cárcere não assimilou a terapêutica penal, enfim, o exame deve ser exigido somente nos casos em que, concretamente, verifica-se sua necessidade de acordo com o livre convencimento do magistrado.

E, ainda, o juiz não está vinculado ao resultado do laudo de exame criminológico que determinou, da mesma forma que não está vinculado ao resultado de perícias no processo penal de um modo geral[239]. Não está "adstrito às conclusões apontadas no laudo resultante do exame criminológico, podendo avaliá-las livremente, do que decorre a possibilidade de acolher ou rejeitar motivadamente cada uma delas (art. 93, IX, da CF)"[240].

---

constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir") não pode ser interpretado como exigência de obrigatoriedade do exame criminológico para livramento condicional, pois não há menção expressa a tal, embora, nos casos de violência, há uma boa razão para o juiz exigir o exame criminológico. Porém, não se pode generalizar. O crime de lesão corporal leve é doloso e cometido com violência contra a pessoal, mas o desvalor social da conduta não é, em princípio, apto a ensejar maior rigor com exigência de exame criminológico em sede de execução penal para tal delito. O juiz, como sempre, deverá analisar as circunstâncias do caso concreto para verificar se é necessária a realização do exame criminológico.

[237] Súmula 439 STJ: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

[238] Súmula vinculante nº 26 STF: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o Juízo da Execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

[239] Art. 182 do CPP: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeita-lo, no todo ou em parte".

[240] MARCÃO, *Lei de Execução Penal Anotada*, *op. cit.*, p. 63.

Por fim, com relação ao benefício do indulto e comutação de pena, entendemos que não há possibilidade de se exigir o exame criminológico, ainda que o crime cometido tenha sido com violência grave contra a pessoa (por exemplo, homicídio, latrocínio, sequestro, entre outros), pois o Decreto Presidencial (no exercício de sua capacidade legislativa), em suas últimas edições, tem sempre constado que para análise dos benefícios nele tratados não serão exigidos requisitos outros que não os presentes no Decreto[241], não podendo o juiz inovar quando o responsável legislativo não o fez.

2.4.2. Transferência internacional de pessoas condenadas[242].

A transferência internacional de presos é uma das medidas de cooperação jurídica internacional[243] entre os Estados. Outras medidas de cooperação que podemos citar são a extradição, a carta rogatória, a assistência jurídica e a execução de sentença penal estrangeira.

Aqui, o que nos importa, é a transferência do processo de execução penal, ou seja, uma pessoa em cumprimento de uma pena em um outro país, com processo de execução já em andamento, por crime cometido naquele mesmo país, mas que deseje cumprir a pena no país de sua nacionalidade ou mesmo residência habitual.

---

[241] Decreto 8.615 de 23 de dezembro de 2015, artigo 10: “Para a declaração do indulto e da comutação das penas, não se exigirá outros requisitos além dos previstos neste Decreto”.

[242] Sobre este tema, escrevemos: CASTILHO, Henrique. Transferência Internacional de Presos: Medida de Cooperação entre Estados ou Direito Fundamental do Sentenciado? In *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional,* org. André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp. 189-203.

[243] Cooperação jurídica internacional, em matéria penal, pode ser conceituada como o conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessam à jurisdição estrangeira na esfera criminal. É um conjunto de regras que rege a facilitação do direito ao acesso à justiça penal, por meio da colaboração entre Estados (ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27).

A transferência internacional de presos[244] consiste na possibilidade de que uma pessoa condenada em um país, no qual cometeu o crime, possa cumprir a pena privativa de liberdade (ou outras medidas alternativas) no seu país de origem (nacionalidade) ou no país em que tenha residência habitual. A pessoa está, inicialmente, presa no país do ilícito e da condenação e requer que o cumprimento da pena seja executado no seio da sociedade que possui vínculos[245].

Basicamente, se um dos fundamentos mais importantes da pena é a ressocialização, nada mais óbvio que ela se efetive na sociedade a que pertence a pessoa condenada. De que adiantaria medida ressocializadora em uma sociedade a que não pertence? Ainda, em regra, após o cumprimento da pena, há a expulsão da pessoa do território do país. Desse modo, de nada adiantaria a medida de ressocialização.

Assim, quando houver tratado internacional entre os Estados e vontade da pessoa condenada, preenchidos os requisitos estabelecidos pelo texto normativo, a cooperação deve ser efetivada.

Usualmente, os tratados estabelecem que a transferência é uma faculdade dos Estados, com o que não concordamos. Preenchidos os requisitos que os Estados acertaram na elaboração do tratado, manifestada a vontade da pessoa na transferência, esta deve ser realizada, não cabendo discricionariedade para tanto aos Estados.

Na transferência internacional de pessoas condenadas, esta é um sujeito de direitos e não apenas um objeto de cooperação entre os Estados. A transferência "mais que um simples ato de cooperação entre Estados, imprescindível no mundo atual, a transferência internacional de presos é o reconhecimento e a efetivação de um direito fundamental da pessoa humana,

---

[244] O termo transferência internacional de presos é, em regra, o utilizado nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, embora entendamos que transferência internacional de pessoas condenadas seja mais adequado já que há a possibilidade de se transferir também o cumprimento de penas restritivas de direito, medidas de segurança e até medidas socioeducativas para adolescentes infratores, não alcançando apenas as pessoas presas.

[245] CASTILHO, Transferência Internacional de Presos: Medida de Cooperação entre Estados ou Direito Fundamental do Sentenciado?, *op. cit,.* p. 193.

que, apesar de condenada por um crime cometido, tem o direito em cumprir sua pena próximo às pessoas que lhe dão suporte, no seio da sociedade que deseja se reintegrar"[246].

Importante esclarecer que, no processo de execução transferido, não poderá ser revista a pena imposta na condenação no país de origem. Todavia, o processo de execução penal seguirá a legislação do país recebedor, de modo que os benefícios (progressão de regime, livramento condicional) devem ser analisados à vista dos requisitos estabelecidos na lei do país onde a pena está sendo executada.

2.4.3. Prisão domiciliar.

A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) no artigo 117 e regulamenta as hipóteses em que o condenado no regime aberto pode ficar recolhido em sua residência particular durante a execução da pena[247].

Muito embora a lei seja expressa que essa modalidade de prisão, a domiciliar, destina-se ao preso do regime aberto, muito se discute sobre a possibilidade de ser concedida também àqueles que cumprem pena no regime semiaberto e fechado, por exemplo, quando acometido de grave doença (artigo 117, inciso II, LEP) e sem possibilidade de tratamento adequado no estabelecimento prisional[248].

Outra hipótese não prevista em lei, mas que a jurisprudência tem reconhecido a possiblidade da concessão da prisão domiciliar, diz respeito ao

---

[246] CASTILHO, Transferência Internacional de Presos: Medida de Cooperação entre Estados ou Direito Fundamental do Sentenciado?, *op. cit.*, p. 201.

[247] Artigo 117 da LEP "Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante".

[248] STJ, RHC 7.946/SP, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo, j. 10.11.1998).

caso em que não há vaga para o cumprimento de pena no regime adequado. Assim, o sentenciado, mesmo tendo sido beneficiado com a progressão de regime, era sujeito a aguardar a vaga no regime mais gravoso, consagrando grave negligência do Estado, não se podendo autorizar que o condenado venha a suportar execução mais severa que a determinada no título executivo judicial[249], o que se pacificou não ser admitido, culminando com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula vinculante nº 56[250] que prevê, dentre outras hipóteses, a concessão de prisão domiciliar quando não houver vaga para cumprimento de pena no regime adequado.

Com a edição da referida súmula vinculante, o que se tem verificado é um agravamento maior da situação de superlotação dos estabelecimentos de regime semiaberto. Para dar cumprimento ao comando do Supremo Tribunal Federal, as remoções para estabelecimentos de regime semiaberto têm ocorrido em prazo curto, porém sem que sejam criadas novas vagas nestes estabelecimentos.

Dessa forma, necessário que outras soluções sejam encontradas para se remediar a piora nas condições de superlotação nos estabelecimentos de regime semiaberto.

O artigo 146-B, inciso IV da Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de monitoração eletrônica, que será objeto de estudo no item a seguir, no caso de determinação da prisão domiciliar.

Entendemos que se trata de uma importante ferramenta desencarceradora (prisão domiciliar com monitoração eletrônica) a ser melhor utilizada pelo legislador para os presos em regime semiaberto para que se minimize os problemas de superlotação existentes, por exemplo, concedendo benefícios (progressão ao regime aberto) antes do lapso, conquanto o cumpra em prisão domiciliar com monitoração eletrônica

---

[249] MARCÃO, *Lei de Execução Penal Anotada*, *op. cit.,* p. 314.

[250] Súmula vinculante 56 STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Por fim, esclarecemos que a prisão domiciliar prevista na Lei de Execução Penal não se confunde com a prisão domiciliar estabelecida nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal[251]. Esta não é deferida no processo de execução penal, mas como substituição da prisão preventiva, visando tornar menos desumana a segregação cautelar[252].

É uma forma de prisão preventiva domiciliar com natureza cautelar, não se tratando de medida cautelar alternativa à prisão, mas uma verdadeira espécie de prisão preventiva, cumprida na forma domiciliar, quando previstos os requisitos legais e, analisando as circunstâncias do caso concreto, o magistrado entenda ser possível o seu deferimento sem prejuízo da própria finalidade da prisão substituída.

2.4.4. Monitoração eletrônica.

O acompanhamento da pessoa condenada através de monitoração eletrônica tem se mostrado um meio eficaz de vigilância, sem a necessidade do cárcere. A ideia surgiu nos EUA tem sido empregada a partir de 1983 e, após, se difundiu pela Europa no Reino Unido (1991), Suécia (1994), Holanda (1995) e França (2003)[253].

---

[251] Art. 317, CPP: "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial" e Art. 318, CPP: "Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho até 12 (doze) anos de idade incompletos".

[252] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 2ª ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2014, p. 957.

[253] " A ideia da utilização de um mecanismo eletrônico de monitoramento de presos começou a ser concebida pelos irmãos americanos Robert Schwitzgebel e Ralf Schwitzgebel, por volta dos anos 60, mas sua concretização deve-se ao magistrado americano Jack Love, após ler em 1977 um trecho dos quadrinhos do 'Homem Aranha', em que este conseguiu ser localizado por seu inimigo graças a um dispositivo colocado em seu punho. Com isso, solicitou a um engenheiro eletrônico de nome Michael Gross a construção do dispositivo, empregado a partir de 1983. A ideia então se difundiu não só nos Estados Unidos, mas por toda a Europa, atingindo Reino Unido (1991), Suécia (1994), Holanda (1995) e França (2003). Na América Latina, Argentina e

No Brasil, a Lei 12.258/2010 disciplinou normativamente a monitoração eletrônica exclusivamente em sede de execução penal. Após algumas discussões e vetos presidenciais, a monitoração eletrônica ficou, legalmente, restrita aos casos de saída temporária no regime semiaberto[254] e aos presos que se encontrem em prisão domiciliar[255]. Posteriormente, houve a previsão da monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão[256] que foi introduzida pela Lei 12.403/2011.

Nos casos de monitoração eletrônica durante o processo de execução penal, a própria lei estabelece como se dará a vigilância e as consequências para o sentenciado do descumprimento das regras[257].

Não iremos nos aprofundar na análise da disciplina da monitoração eletrônica atualmente existente (requisitos, forma de vigilância, consequências da utilização irregular), mas na dimensão que esta ferramenta pode ter em sede de execução penal, sobretudo como meio de diminuir os problemas da superlotação carcerária. É o chamado sistema "back-door" em que a monitoração eletrônica é utilizada para retirar antecipadamente o sentenciado do sistema carcerário, buscando diminuir o tempo de cumprimento de pena na prisão[258].

Primeiramente, importante esclarecer que é necessária a mudança legislativa para utilização mais extensa da monitoração eletrônica de pessoas condenadas. Trata-se de um meio invasivo, com restrição de direitos, porém, com certeza, em menor escala que o encarceramento.

Colômbia foram precursores da medida, mais adiante encampada por nosso país" (ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* pp. 415-416).

[254] Artigos 122 a 125 c/c artigo 146 B, II da LEP.

[255] Artigos 117 c/c artigo 146 B, IV da LEP.

[256] Artigo 319, inciso IX, do CPP: "São medias cautelares diversas da prisão: IX – monitoração eletrônica".

[257] Artigos da LEP 146 e ss que disciplinam a monitoração eletrônica.

[258] LIMA, *Manual de Processo Penal*, *op. cit*., p. 978: "Em contraposição ao sistema do "back-door", no sistema do "front-door", a tecnologia da monitoração eletrônica é utilizada como meio de se evitar o ingresso da pessoa no sistema carcerário. Neste caso, a aplicação da monitoração eletrônica como medida cautelar alternativa à prisão, ou seja, para que a prisão sequer ocorra e não para que alguém preso saia antecipadamente do cárcere".

Assim, a monitoração eletrônica deve ser utilizada como expediente alternativo à prisão, ao cárcere, não se recomendando sua utilização para controle e vigilância de pessoas que já estejam em liberdade ou mesmo cumprimento pena em regime aberto. Aliás, existia previsão nesse sentido e a mesma foi vetada justamente por esses fundamentos[259].

Ademais, a utilização da monitoração eletrônica deve respeitar a dignidade da pessoa, bem como sua integridade física e moral, não devendo servir como estigmatização perante a sociedade, dando sempre preferência para aparelhos discretos que possam ser usados sem exposição da pessoa. A tecnologia permite que sejam utilizados aparelhos tais como tornozeleiras, as quais podem ser encobertas pelas vestimentas.

Diante da problemática da superlotação carcerária brasileira[260], a utilização da monitoração eletrônica deve ser expandida sempre como meio, instrumento desencarcerizador, seja como medida alternativa à prisão cautelar (em que já há previsão legal) em que a pessoa pode aguardar seu julgamento em liberdade, sem deixar de se lembrar que não se trata de uma liberdade plena, mas vigiada pelo Estado[261], seja como medida de antecipação da liberdade de quem já se encontra encarcerado, mas que vê a possibilidade de gozar de um benefício em execução penal de forma antecipada, mas, neste caso, persistindo a vigilância do Estado através da monitoração eletrônica, a qual perduraria até o cumprimento do requisito temporal efetivo para o benefício.

Como alternativa para diminuição dos níveis de encarceramento, imperioso que se desenvolvam, em sede de execução penal, possibilidades como a antecipação do benefício que coloque o sentenciado em liberdade, *v.g.* o

---

[259] "A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso" Razões do veto presidencial. Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010.

[260] Vide números do encarceramento brasileiro no item 2.3.10.

[261] MORAIS, Paulo José Iasz de. *Monitoramento eletrônico de preso*, São Paulo: IOB, 2012, p. 64.

livramento condicional ou o regime aberto, podendo ser deferido, por exemplo, 6 meses antes de se atingir o lapso necessário, conquanto haja merecimento do preso (bom comportamento, ausência de faltas disciplinares) e ele se submeta, até atingir o lapso legal para o benefício, ao controle de vigilância pelo sistema de monitoração eletrônica.

Enfim, a utilização da monitoração eletrônica deve ser utilizada como expediente para diminuição da população carcerária, sem que, com isso, estimule-se a impunidade, mas, ao contrário, facilitando a ressocialização da pessoa condenada que, de forma antecipada, ainda que com vigilância do Estado, estará fora do cárcere podendo desfrutar da convivência familiar, bem como participar de atividades educativas e trabalhar, o que, certamente, fomentará nela a vontade de não mais delinquir e o não desejo de voltar ao sistema prisional.

Ainda, nunca é demais pontuar as condições, muitas vezes, insalubres do cárcere em que o preso está suscetível a série de doenças.

Portanto, vemos a monitoração eletrônica como um importante instrumento a ser desenvolvido por nossa legislação como meio de minimizar a situação de superlotação, sem que com isso se afaste a total vigilância contra a pessoa que cometeu um delito.

2.4.5. Processo de Execução Penal Provisória

No processo de execução penal provisória, ainda não há uma sentença condenatória definitiva, sendo que o julgamento do preso está pendente, podendo, inclusive, ele vir a ser absolvido. É requisito que o réu esteja preso cautelarmente[262], sem o que não se admite a expedição da guia de

[262] Para que não seja concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade, deverão estar presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva, o que o magistrado analisará no momento da prolação da sentença (Art. 387, §1º, CPP: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”).

recolhimento provisória para cumprimento de pena[263]. Logo, o processo de execução provisória da pena privativa de liberdade[264] ocorre na hipótese de prisão do réu condenado em primeiro grau, porém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória[265].

Assim, embora sua situação esteja indefinida porque pende o julgamento de recurso, já se inicia o processo de execução, mesmo provisório, até para que se possa efetivar direitos próprios do processo executório.

O artigo 2º, parágrafo único da Lei de Execução Penal[266] estabelece que a lei será aplicada ao preso provisório quando recolhido em estabelecimento prisional, ou seja, o preso provisório tem todos os deveres do preso definitivo, devendo comportar-se com disciplina dentre outros, bem como possui os mesmos direitos, não se podendo negar-lhe os benefícios processuais quando cumpridos os requisitos para tanto.

Nesse sentido, a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal[267] garante ao preso provisório a possibilidade de progressão de regime ou mesmo a aplicação do regime menos gravoso determinado em sentença.

Assim, se o preso foi condenado, em sentença, ao cumprimento de pena no regime semiaberto, sem o direito de recorrer em liberdade, exercendo o direito ao recurso, não faz sentido que inicie a execução provisória em regime fechado por conta da prisão cautelar. De imediato, o réu deve ser transferido ao regime semiaberto e nele prosseguir com a execução provisória

---

[263] STJ, HC 256482/SP, 5ª T., j. 16.04.2013.

[264] Entendemos não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, sobretudo, em virtude do disposto no artigo 147 da LEP que não deixa dúvida ser necessário o trânsito em julgado para tanto: Art. 147, LEP: "*Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos*, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares" (grifamos).

[265] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* p. 201.

[266] Artigo 2º, parágrafo único LEP: "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".

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

de sua pena. Mesmo que o recurso do Ministério Público vise a alteração do regime de cumprimento de pena.

Igualmente, mesmo que não haja trânsito em julgado da sentença condenatória, cumprindo os requisitos legais, o sentenciado terá direito à progressão de regime. Há quem entenda que, para se postular a progressão de regime em execução provisória de pena, necessário o trânsito em julgado para o Ministério Público[268].

Todavia, "o impedimento da execução da pena, na pendência do trânsito em julgado para o Ministério Público, impede ao preso provisório o acesso aos mesmos direitos que um indivíduo teria, se preso definitivo fosse, em violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade"[269]. Assim, também deve ser possível a progressão de regime mesmo ao preso com processo de execução provisório.

Há divergência sobre qual a pena deverá ser considerada para se analisar o requisito do lapso temporal quando houver recurso do Ministério Público com a finalidade de aumentar a pena privativa de liberdade imposta na sentença.

Uma exigência mais rigorosa poderia se calcular sobre a pena máxima em abstrato prevista para o delito. Todavia, neste caso, estar-se-ia praticamente a negar o benefício ao sentenciado, visto que, quando do atingimento do lapso, já teria seu recurso sido, provavelmente, julgado.

Entendemos que a pena base para cálculo dos lapsos para o requisito do benefício deve ser a pena aplicada na sentença recorrida, ainda que pendente recurso da acusação com o fito de aumentar a pena. Atingido o lapso e cumprido o requisito subjetivo, o réu será progredido de regime. Em caso de aumento de pena pelo provimento do recurso ministerial, deverá ser feito novo

---

[268] "Essa viabilidade de requerimento de benefícios prisionais tem como pressuposto fundamental o trânsito em julgado para a acusação da pena aplicada, afastando-se, portanto, a possibilidade de que seja ela aumentada em grau de recurso" (AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* p. 202).

[269] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 113.

cálculo para se verificar se, mesmo com a pena aumentada, o lapso já houvera sido atingido. Nesse caso, mantem-se a progressão de regime. Acaso com base na nova pena não tenha atingido o lapso para a progressão do regime, o sentenciado deverá ser removido ao regime original, cumprindo o restante da pena até o atingimento do novo lapso para aquisição do benefício da progressão de regime.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para o livramento condicional.

Outra questão que se coloca quanto à execução provisória, diz respeito à possibilidade de execução do julgado após a confirmação pelo Tribunal, mesmo na pendência de recursos para as Cortes Superiores, os quais não tem efeito suspensivo[270], e, assim, sem o trânsito em julgado.

Esse tema foi revisado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu, por maioria dos votos de seus ministros, que é possível a execução provisória da pena, independente da decretação da prisão preventiva-cautelar, após o julgamento pelo Tribunal em 2º grau, não se ferindo o princípio da presunção de não culpabilidade previsto na Constituição Federal[271].

Com relação aos presos provisórios, interessante destacar que a Lei de Execução Penal se preocupou em disciplinar que eles fiquem separados daqueles condenados por sentença transitada em julgado, estabelecendo os critérios segundo os quais deverão ser separados os presos provisórios[272]. O Código de Processo Penal tem disposição no mesmo sentido[273].

---

[270] Art. 637 do CPP: "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença". Ainda: Art. 1029, §5º, do CPC: "O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado ...".

[271] STF, Pleno, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44.

[272] Art. 84, LEP: "O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º. Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II".

[273] Art. 300, CPP: "As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal".

Por fim, cumpre observar casos em que o preso definitivo que também tem uma guia de execução provisória, chamados de preso "provisório-condenado"[274]. Neste caso, entendemos que a execução provisória deve ser regulada pela pena aplicada na sentença para fins de benefícios, tal qual se fosse apenas a execução provisória, somando-se às penas definitivas. Por exemplo, um réu que tenha 5 anos de condenação de sentenças transitadas em julgado e 1 ano de condenação de sentença com recurso pendente, ainda que do Ministério Público para aumento de pena, terá, os lapsos de sua execução, regulados pela pena de 6 anos. Após, advindo aumento de pena com o julgamento do recurso, será feito novo cálculo de pena. Mantendo-se a pena, fica conservado o eventual benefício deferido.

Outrossim, há casos em que o preso com condenação definitiva tem contra si uma prisão preventiva decretada (antes da sentença condenatória de primeiro grau). Nestes casos, temos entendido que a existência da prisão preventiva não pode ser óbice para que o sentenciado obtenha benefícios durante a execução penal[275].

Há que se distinguir o deferimento do benefício com a sua efetivação. O benefício será deferido, mas o seu cumprimento fica condicionado ao resultado do processo em que estava decretada a prisão preventiva. Assim, se o preso for absolvido no processo em que estava preso preventivamente, de imediato se cumpre o benefício outrora deferido, por exemplo, livramento condicional. Por sua vez, se houver condenação, fica prejudicado o benefício deferido ante a modificação da situação processual na execução penal do condenado. Tal prática impede que, aquele preso que tinha direito ao benefício e foi absolvido, tenha que começar o pedido de benefício apenas após a revogação da prisão preventiva, não retardando o processo de execução penal.

---

[274] "presos nessa condição estão cumprindo uma pena e aguardando o resultado de outros julgamentos" (NUNES, Adeildo. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 13).

[275] Há quem decida que a existência da prisão preventiva impede o reconhecimento dos benefícios em execução penal porque não se poderia cumpri-los, uma vez que o sentenciado continuaria preso em razão da custódia cautelar.

2.4.6. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

O regime disciplinar diferenciado, conhecido como "RDD", é previsto e disciplinado no artigo 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84)[276], com modificação trazida pela Lei 10.792/2003[277]. Não é um novo regime de cumprimento de pena, ao lado dos regimes fechado, semiaberto e aberto, mas uma forma diferenciada de cumprimento de pena no regime fechado, caracterizada pela permanência do preso em cela individual, limitação do direito de visita e redução do direito de saída da cela[278], que se justifica como uma sanção disciplinar, pelo prazo máximo de 360 dias, podendo ser aplicado, pelo prazo de 10 dias, como medida cautelar-preventiva (artigo 60 LEP[279]). Havendo inclusão preventiva no RDD, este prazo será descontado de eventual colocação definitiva no referido regime (artigo 60, parágrafo único, LEP).

A competência para determinar a inclusão do sentenciado no RDD é sempre do juízo da execução penal, que o fará mediante decisão[280], portanto fundamentada (artigo 93, IX, CF), mediante requerimento do diretor do

---

[276] Art. 52, LEP: "A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol".

[277] A medida era prevista administrativamente pela Resolução n. 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo.

[278] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit*., p. 93.

[279] Art. 60 da LEP: "A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar".

[280] Impropriamente a lei fala em "despacho" – art. 54 LEP (" As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente"). "A decisão para inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado é jurisdicional, tendo em vista a severidade que a constitui, impedindo, dessa forma, a sua inclusão por ordem de qualquer autoridade administrativa" (PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 106).

estabelecimento ou outra autoridade administrativa (artigo 54, §1º, LEP)[281]. Pelo procedimento estabelecido, deverá ser ouvido o Ministério Público, a Defesa e, após, prolatada a decisão judicial

As regras e disciplinas do instituto do RDD estão todas estabelecidas na LEP (artigos 52 a 54 e 60[282]).

O RDD não se confunde com o isolamento (artigo 53, IV, da LEP) que pode ser aplicado pelo Diretor da Unidade Prisional, porém com regras diversas, bem como prazo máximo de 30 dias[283].

Quando do surgimento do instituto do RDD muito se discutiu, e se discute até hoje, sobre a constitucionalidade do mesmo. Predomina o entendimento pela sua constitucionalidade[284]. Embora se argumente pela inconstitucionalidade em razão do caráter, supostamente, desumano da medida, sobretudo em virtude do isolamento absoluto da pessoa[285], prevalece que o RDD é uma forma de individualizar o cumprimento da pena, possibilitando tratamento penitenciário diferenciado a presos desiguais, seja pela prática de falta disciplinar de natureza grave, seja pelo alto risco que representam para a ordem e segurança dos presídios e da sociedade, seja por seu envolvimento com o

---

[281] O juiz não poderá determinar a inclusão de ofício. Discute-se a possibilidade do requerimento ser feito pelo Ministério Público. A favor – AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* pp. 99-100 -, entendimento com o qual discordamos, pois, por se tratar de medida que limita diversos direitos do preso, se a lei não confere poderes ao Ministério Público para tal requerimento, não se pode chegar a tal conclusão mediante uma interpretação extensiva de outros dispositivos legais.

[282] Vide Anexo I

[283] Art. 58, LEP: "O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da execução".

[284] STJ, HC 40300/RJ, 5ª Turma, j. 7-6-2005: "Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legitima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social".

[285] "não mais subsistiria o isolamento absoluto, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade, secularização e presunção de inocência" (ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 238).

crime organizado[286]. Trata-se de medida que visa preservar a segurança pública, impedindo lideranças do crime organizado de, mesmo em cárcere, comandarem condutas criminosas contra a sociedade.

2.4.7. Remição de pena como forma de indenização. Voto no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 580.252 – Mato Grosso do Sul. Ministro Roberto Barroso.

A remição de pena como forma de indenização "in natura" ao preso submetido a condições irregulares de encarceramento não é novidade no cenário mundial e ganhou bastante repercussão no Brasil com o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso[287].

A superlotação é um problema enfrentado pelos sistemas carcerários de todo o mundo e vem trazendo sérias discussões pelas Cortes Internacionais, sobretudo no Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas Desumanas ou Degradantes (CPT) e, principalmente, na Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual, em janeiro de 2013, originou-se a condenação da Itália por imposição de tratamento desumano e degradante, em razão da superlotação carcerária. "É um julgado paradigmático para o Brasil, pois levanta temas como encarceramento em espaços reduzidos, relativização da relação jurídica Estado-indivíduo e legalidade do encarceramento, aportado novos subsídios para a discussão do fenômeno da superlotação"[288].

No Brasil, a questão surgiu após uma ação de indenização por danos morais chegar ao Supremo Tribunal Federal, na qual se discutia o valor a que deveria ser indenizada a pessoa que ficou presa em uma penitenciária superlotada. Originariamente, o Estado havia sido condenado ao pagamento do valor de R$ 2.000,00 a título de indenização por danos morais. O Ministro

---

[286] AVENA, *Execução Penal: Esquematizado*, *op. cit.,* pp. 94-95.

[287] A íntegra do voto pode ser acessada em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re580252lrb.pdf

[288] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 513.

Barroso fez voto vista no Recurso Extraordinário com a proposta de interpretação constitucional visando dar mais eficiência ao sistema, bem como minimizar as situações futuras, contribuindo para que a superlotação diminua.

Basicamente, o que se propõe é que, ao preso submetido às condições carcerárias que violem sua dignidade em decorrência do problema notório da superlotação, bem como outras circunstâncias degradantes, será concedida indenização em forma de remição da pena e não indenização monetária como alguns pleiteiam em juízo.

Desse modo, para cada porção de tempo submetido ao cárcere em condição violadora de sua dignidade, a pessoa terá direito ao recebimento, como forma de indenização, de dias “a menos” na pena a cumprir, ou seja, de remição por ser submetido às condições insalubres do cárcere.

A proposta feita pelo Ministro Barroso em seu voto, que ainda não foi a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, é de que o quociente da remição seja fixado pelo Juízo da Execução Penal, consistente de 1 dia remido a cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. A indenização somente será revertida em pecúnia acaso a pena privativa de liberdade já tenha sido integralmente cumprida em um cárcere nessas condições.

Não se pode negar que a realidade da grande maioria das penitenciárias brasileiras está em condições degradantes, submetendo as pessoas encarceradas a condições violadoras de sua dignidade, pois ficar em uma cela com 15 sentenciados quando o espaço é destinado a 6, não pode ser considerado como aceitável.

Trata-se de chamado estado de coisas inconstitucional que para ser afastado exige uma série de medidas de não simples concretização.

O problema carcerário brasileiro vai muito além do que a simples necessidade de construção de unidades prisionais. Como já ponderamos, necessário que medidas sejam tomadas para que se busque, ao menos,

minimizar as condições de superlotação existente sem que seja demandado dinheiro público para construção de presídios. Afinal, não só de penitenciárias o país está necessitado, mas também de hospitais, escolas e cabe ao gestor público analisar e direcionar as políticas públicas para a construção do que a sociedade mais necessita.

Enquanto isso, cabe ao operador do direito buscar soluções dentro do sistema normativo para que a superlotação diminua, não podendo simplesmente relegar a culpa ao Estado pela construção de unidades, ao passo que este invocará a teoria da reserva do possível.

Nesse contexto, o Ministro Barroso do STF firma a seguinte tese: "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente"[289].

Não se está a afirmar que os Juízos de Execução Penal devem começar a adotar tal entendimento, pautado em uma interpretação avançada e com base no direito comparado, pois não é com decisões individuais, passíveis de reforma pela via recursal, que se solucionará o problema do sistema carcerário brasileiro. Mas, é uma importante discussão a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, fixando entendimento a ser aplicado em nível nacional, e o despertar de consciência para a sociedade quanto à questão penitenciária brasileira.

---

[289] Vide voto vista RE 580252 / MS (nota de rodapé 288)

Esperasse que a decisão simplista de condenar o Estado a indenizar pecuniariamente aquele que ficou preso em condições indignas não prevaleça. Urgem mudanças interpretativas e soluções originais para que as condições do sistema carcerário evoluam de forma positiva, minimizando os danos que o cárcere, pela sua própria natureza, já causa ao indivíduo. Surge uma "grande oportunidade de enfrentamento do tema, no intuito da revisão dos atuais níveis de encarceramento e da condução do país a um novo estágio de tutela dos direitos humanos"[290].

2.4.8. Remição pela leitura e acréscimo para conclusão de curso profissionalizante.

A remição é o instituto pelo qual o preso conquista o direito em diminuir de sua pena total, lapsos temporais em razão do trabalho ou estudo. Podemos definir "remição como o direito de o condenado reduzir o tempo de duração da pena privativa de liberdade pelo trabalho ou estudo"[291]. A lei consolida, expressamente, a possibilidade de remição nestas duas hipóteses. A remição é um estímulo "ao trabalho e à educação nos presídios, provocando uma antecipação no cumprimento da pena fixada na sentença penal condenatória, contribuindo para a educação e para a profissionalização do preso"[292]. Ainda, a remição é "um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva"[293].

O artigo 126 da Lei de Execução Penal define e regulamenta a remição pelo trabalho e pelo estudo, sendo que, basicamente, o preso terá

---

[290] ROIG, *Execução Penal: teoria crítica*, *op. cit.,* p. 536.

[291] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit.,* p. 175.

[292] NUNES, *Comentários à Lei de Execução Penal*. *op. cit.,* p. 294.

[293] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 517.

direito a 1 (um) dia remido a cada três dias trabalhados (II) e 1 (um) dia remido a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas em, no mínimo, 3 (três) dias[294].

Observa-se que a remição pelo estudo, originariamente, não era prevista em lei, tendo, em um primeiro momento, surgido como uma criação jurisprudencial, inclusive, com Súmula do Superior Tribunal de Justiça[295]. Consolidado tal posicionamento, a Lei 12.433/2011 alterou o artigo 126 da LEP para incluir o estudo como forma de remição para o sentenciado que cumpre pena nos regimes fechado e semiaberto.

Sem nos apegarmos aos detalhes e regramentos da remição pelo trabalho e pelo estudo, que não são objeto central da presente discussão, passamos a analisar uma nova forma de remição que vem surgindo no cotidiano das varas de execução penal pelo Brasil, a remição pela leitura.

A remição pela leitura consiste na diminuição do tempo de pena a cumprir pelo condenado em razão da leitura de obras literárias indicadas e desde que cumpridos os requisitos estabelecidos, como a confecção de uma resenha sobre a obra lida. Atualmente, a questão é disciplinada por Resolução do Conselho Nacional de Justiça[296].

Portanto, embora carecedora de regulamentação legal[297], pensamos que a remição pela leitura é um instrumento ressocializador importante, uma vez que a leitura de obras literárias mantém a mente do encarcerado ocupada com boas ideias, afastando-o de pensamentos maléficos porventura fomentados pela condição de prisioneiro, bem como o prepara para a

---

[294] Art. 126, LEP: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena".

[295] Súmula 341 STJ: "A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo da execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto".

[296] Recomendação Nº 44 de 26/11/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235

[297] Em verdade, a remição pela leitura advém da própria remição pelo estudo e apenas sua regulamentação acaba sendo feita por normas editas pelos órgãos competentes para tanto, enquanto não seja feita uma lei "strictu sensu" definindo e regulamentando a matéria para sua aplicação uniforme em todo território nacional.

vida em sociedade ao fazer com que ele reflita sobre os atos cometidos e desenvolva sua capacidade intelectual.

Outra questão interessante com relação à remição, diz respeito ao ensino profissionalizante e o acréscimo de 1/3 (um terço) nos dias a remir pela conclusão do curso[298].

O artigo 126, §5º, da Lei de Execução Penal[299] prevê o aumento de 1/3 (um terço) no tempo a remir quando o sentenciado concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena. Tal atitude do legislador é louvável ao incentivar o estudo no cárcere, e mais, incentivar a conclusão dos estudos.

Todavia, a previsão deveria ser mais abrangente, incluindo a conclusão de ensino profissionalizante.

Fato notório, e comprovado por pesquisas[300], que o perfil da população carcerária brasileira está distante de ter altos índices de estudo durante a vida. Portanto, forçoso imaginar que um sentenciado "médio" vá concluir ensino superior durante o período de encarceramento.

Outrossim, além do baixo nível de escolaridade da média da população carcerária brasileira, uma das grandes dificuldades do egresso do sistema prisional é se recolocar no mercado de trabalho. Certo que o cárcere estigmatiza e, em uma concorrência por vaga de emprego, o candidato sem antecedentes criminais leva vantagem. Logo, o incentivo à cursos profissionalizantes de prestação de serviços autônomos, em que a prestação de

---

[298] Sobre este tema escrevemos em co-autoria: SILVEIRA, André Bueno da; CASTILHO, Henrique. Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário, in *Temas Atuais do Ministério Público Federal*, org. VITORELLI, Edilson, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 1047-1065.

[299] Art. 126, §5º, da LEP: "O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação"

[300] Vide: *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*. Relatório sobre as unidades prisionais em São Paulo, Brasil: perfis gerais, contexto familiar, crimes, circunstâncias do processo penal e condições de vida na prisão. BERGMAN, Marcelo et al. (coord.). FGV e Universidad Nacional de Tres Febrero, novembro de 2013. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf acesso em 02 de abril de 2015.

serviços tende a ser de curta duração (por exemplo, pintor, pedreiro, barbeiro, dentre outros), devem ser fomentados e uma das formas seria autorizar o aumento de 1/3 (um terço) nos dias a remir para a conclusão de curso de ensino profissionalizante, assim como é feito nos casos de conclusão de ensino fundamental, médio e superior.

Escrevemos: "Por certo que não há previsão expressa para o acréscimo de 1/3 (um terço) no caso de conclusão de curso profissionalizante. Todavia, uma interpretação voltada ao objetivo maior da execução penal, qual seja, a ressocialização, não permite que seja afastado referido aumento. É fato notório que uma das maiores dificuldades encontradas pelo egresso do sistema prisional é se reinserir no mercado de trabalho. Ainda, a falta de emprego, certamente, é razão determinante para a reincidência criminosa. A população carcerária brasileira é composta, em sua maioria, por cidadãos com baixo nível de escolaridade, o que justifica a falta de oportunidades de emprego após o cumprimento da pena. O objetivo da norma jurídica em questão é estimular a conclusão dos estudos, visando, sobretudo, a reinserção do egresso no mercado de trabalho, evitando, por consequência, a reincidência"[301].

Portanto, entendemos que, nos casos de conclusão de ensino profissionalizante dentro do cárcere, deve haver o aumento de 1/3 (um terço) nos dias a remir, como forma de estimulo à qualificação profissional do sentenciado.

---

[301] SILVEIRA, CASTILHO, Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário, *op. cit.*, p. 1063.

3. A COMPETÊNCIA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL, O CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

Após falarmos sobre o princípio do Juiz Natural e sobre o processo de execução penal (conceito, natureza jurídica, princípios), iremos analisar qual a solução hermenêutica aplicada quando há conflito entre normas constitucionais, dentre elas os princípios, e a questão do princípio do juiz natural efetivamente no processo de execução penal, qual a extensão de sua aplicação, quais as possibilidades de mitigação em face de eventuais conflitos com outras normais constitucionais igualmente importantes no processo executório.

Começaremos traçando um rápido conceito de princípio, sem a pretensão de aprofundar no mesmo. Então, falaremos sobre o conflito entre normas constitucionais e qual a solução a ser dada a este conflito utilizando regras de hermenêutica que preservem o núcleo rígidos dos direitos individuais, bem como os interesses sociais e coletivos. Daremos especial atenção ao conflito que se dá entre o princípio do juiz natural e outras diretrizes constitucionais importantes durante o processo de execução penal, como a segurança pública e a duração razoável do processo.

Passaremos a analisar as regras de competência no processo de execução penal e a incidência efetiva do princípio do juiz natural, verificando se há a observância do mesmo, quando o mesmo é flexibilizado, mitigado, e se há justificativa para tanto diante da hermenêutica aplicada no conflito de normas constitucionais, sobretudo com base na técnica da ponderação (também chamada de proporcionalidade em sentido estrito[302]).

---

[302] MARMELSTEIN, *Curso de Direitos Fundamentais*, *op. cit*., p. 383. Em igual sentido, ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality, 2002, p. 6, citado por BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 376. Para outros, a ponderação é um princípio próprio, autônomo: o princípio da ponderação – TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbano Zilles (coord.), Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos, 2000, p. 643, citado por BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo,* o*p. cit*., p. 376.

Estabeleceremos um importante aspecto no processo de execução penal: a alteração de competência em processo com natureza jurisdicional em razão de ato administrativo do Poder Executivo, como se dá na execução penal. Ante a ausência de regras claras, faremos uma proposta de regulamentação, diminuindo possibilidades de arbitrariedades por parte do agente administrativo.

Por fim, tal qual nos demais capítulos, vamos analisar questões práticas em que há discussão do princípio do juiz natural no processo de execução da pena.

3.1. Conceito de princípios

Estabelecer um conceito completo do que seria um princípio jurídico é missão, muitas vezes, destinadas a teses inteiras, sobretudo o confronto terminológico entre regras e princípios. Longe dessa pretensão, vamos colocar conceitos trazidos por doutrinadores estudiosos do tema e fixar o que nos importa para análise da problemática discutida.

Humberto Ávila, em obra de repercussão internacional sobre o tema[303], conclui conceituando princípios da seguinte maneira: "princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção"[304].

Nota-se a característica da complementariedade dos princípios de modo que um princípio não pode ser visto de forma isolada, mas dentro de um sistema que compõe. A Constituição da República Federativa do Brasil

---

[303] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

[304] ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, op. cit.*, p. 225.

estabelece uma série de princípios, e com aplicação no processo de execução penal, sendo que tais devem ser conjugados e interpretados para resguardar os direitos envolvidos, devem atuar de forma integrada e coordenada, solucionando eventuais conflitos pelas regras hermenêuticas existentes, sobretudo a ponderação, proporcionalidade ante o conflito de direitos.

O corpo principiológico da Constituição da República representa o modelo constitucional de processo brasileiro, chamado de devido processo constitucional[305]. Importante observar que a própria Constituição pode ser definida como "um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto – o que confere supremacia a essas normas e princípios"[306].

Assim, temos que princípio é o mandamento nuclear do sistema constitucional, sendo componente característico deste (a CF é o conjunto de princípios e normas), que devem coexistir em harmonia para solução dos conflitos da sociedade.

Em execução penal, os princípios constitucionais devem ser o mandamento nuclear para que se efetive o comando disposto na sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria – medida de segurança), de forma humanizada (princípio da dignidade da pessoa humana, visto como diretriz maior de todos os princípios), o que pressupõe um processo célere, e cumprindo as funções da pena, tanto retributiva (sem, contudo, caracterizar-se como vingança), quanto preventiva, nas suas vertentes geral e especial, visando a ressocialização do condenado.

3.2. O conflito entre normas constitucionais e sua solução.

[305] BADARO, *Processo Penal*, *op. cit.*, p. 3.
[306] SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.,* p. 27.

Os textos constitucionais das sociedades modernas estabelecem a proteção de diversos valores, direitos e interesses, regulamentando relações complexas, o que faz com que, por vezes, esses postulados possam entrar em conflito.

Em casos tais (existência de conflitos entre normas constitucionais), o aplicador do direito deverá se valer de critérios para solucioná-lo, preservando os interesses maiores envolvidos. Imperioso que se encontre o resultado constitucionalmente adequado[307] através de métodos hermenêuticos, com o que destacamos a chamada técnica da ponderação.

A ponderação pode ter "um sentido amplo, de sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio (...) e pode ter um sentido restrito, de operação de balanceamento entre os princípios, por meio da qual se atribui uma dimensão de peso maior a um deles diante do caso concreto"[308].

Primeiramente, esclarecemos que não há hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Assim, mostrou-se necessário o desenvolvimento de técnicas capazes de produzir uma solução quando normas constitucionais, de mesma hierarquia, entrassem em colisão. Então, surgiu a ponderação que consiste "em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção[309] se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas"[310]. Ainda, pode dizer que "a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a

---

[307] BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, *op. cit.,* p. 371.

[308] ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *op. cit.,* p. 150.

[309] Subsunção é uma técnica simplista para solução dos conflitos, bastando que se tenha a premissa maior (norma) com a premissa menor (fatos) e, diante da aplicação (subsunção dos fatos à norma) se encontra a solução jurídica para o conflito. Todavia, casos há em que os fatos se subsumem à mais de uma norma de mesma hierarquia, não sendo tal técnica suficiente à solução do conflito, sendo necessário se recorrer a outras técnicas hermenêuticas, a qual destacamos a ponderação.

[310] BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, *op. cit.,* p. 373.

colisão de normas constitucionais, pois, neste caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores”[311].

Outrossim, a ponderação pode ser vista como um método necessário ao equacionamento das colisões entre normas constitucionais, buscando-se alcançar um ponto em que a restrição a cada um dos bens jurídicos constitucionais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do bem jurídico contraposto. Assim, diante das circunstâncias do caso concreto, serão impostas concessões recíprocas sobre os interesses em conflito, objetivando lograr um ponto ótimo, no qual a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro[312].

Logo, a questão que se coloca é bastante simples: Havendo conflito entre duas normas constitucionais (mesma hierarquia jurídica), qual delas deve prevalecer? Para a resposta, necessário que se utilize um juízo de ponderação, sempre atento ao caso concreto para a solução mais adequada.

Há três etapas a serem seguidas na aplicação da técnica da ponderação. Primeiro, identifica-se, dentro do sistema normativo, quais as normas relevantes para a solução do caso e eventual conflito entre elas (identificação das normas pertinentes). Em segundo lugar, examinam-se os fatos e sua integração com as normas selecionadas (seleção dos fatos relevantes). Até aqui não se foi além do que a subsunção o faria. A terceira etapa (atribuição geral de pesos) representa a singularização da ponderação, é nesse momento que, diante do conflito identificado pela possível aplicação de mais de uma norma constitucional ao caso concreto, irá se “apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa (...) o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução

---

[311] MARMELSTEIN, *Curso de Direitos Fundamentais*, *op. cit.,* p. 386.

[312] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 23 e 102.

escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade”[313].

Dessa forma, busca-se uma interpretação com base na unidade da Constituição (não há hierarquia entre as normas constitucionais) e que dê máxima efetividade ao direito em jogo, no caso do presente estudo, a máxima efetividade do processo de execução penal[314].

Seguindo esta efetividade do processo de execução penal, muitas vezes estará em conflito o princípio do juiz natural e será necessário um juízo de ponderação sobre os direitos em conflito para se estabelecer qual prepondera e, mais importante, em qual grau, podendo haver, para solução do conflito, uma mitigação de um dos direitos em conflito, sem que necessariamente o mesmo seja excluído por completo.

Será necessário promover a “máxima concordância prática entre os direitos em conflito”, com a ponderação socorrendo-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para tanto. O intérprete, aplicador do direito, deverá analisar o conflito de direitos, preservando o máximo possível de cada um deles. Porém, em casos de incompatibilização, o intérprete deverá fazer escolhas, decidindo, diante do caso concreto, qual princípio ou direito irá prevalecer[315].

Não se nega que, em determinadas situações, será impossível a conciliação dos direitos em conflitos, sendo que para proteção de um direito, o outro será aniquilado. “É possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado

---

[313] BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, *op. cit.*, pp. 374-375.

[314] Entendemos como processo de execução penal efetivo, eficiente aquele que concretiza o comando imposto na sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria), de uma forma humanizada e célere, sem dilações indevidas e com a observância dos princípios constitucionais, adequando-os, quando em conflito, para que se tenha a efetividade garantida, e que consiga cumprir as funções da pena, sobretudo a ressocialização.

[315] BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, *op. cit.*, p. 377.

direito”[316]. Todavia, dada a extensão de sua importância para um julgamento imparcial e livre de pressões, conforme estabelecido no primeiro capítulo deste trabalho, quando se estiver em conflito o princípio do juiz natural, não é aceitável que o mesmo seja, por completo, excluído, ainda que a outra norma constitucional em conflito demonstre ter preponderância. Sempre será preservado, por exemplo, um juiz regularmente investido de suas funções, com as garantias de independência e que não tenha sido designado para um caso concreto específico, mas para uma generalidade de casos, objetivando sua imparcialidade.

Assim, o princípio do juiz natural sempre deverá ser observado, ainda que minimamente, podendo ser aceitável apenas a mitigação de determinados aspectos característicos do mesmo, mas jamais sua exclusão total, sob pena de violação de uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito.

É certo que, no caso de conflitos entre normas constitucionais, poderá haver restrições a direitos fundamentais. Urge uma aplicação correta para que a solução seja dada com base na ponderação, esta tida como uma “operação hermenêutica pela qual são contrabalanceados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer. A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito”[317].

Aqui o que nos importa estabelecer é que, por vezes, no processo de execução penal, o princípio do juiz natural estará em conflito com

---

[316] SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2006, p. 44.

[317] PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 506.

outra norma constitucional, como a segurança pública[318], a duração razoável do processo, o princípio da igualdade, e será necessária a utilização da diretriz hermenêutica da ponderação para se estabelecer qual valor constitucional deve prevalecer e, principalmente, em que grau, ou seja, qual o grau de aceitação da violação de determinada norma constitucional é aceitável para que se prepondere outra norma constitucional igualmente importante em nosso sistema jurídico.

Ainda, importante destacar que, embora não haja hierarquia entre as normas constitucionais, tendo em vista a unidade da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como uma diretriz maior de hermenêutica no caso de conflitos de direitos. Não há direito que seja absoluto, assim o direito à vida não o é (v.g. aborto; pena de morte em casos de guerra declarada – art. 5º, inciso XLVII, alínea "a", da Constituição Federal[319]), o direito à propriedade (v.g. desapropriação por interesse público), dentre tantos outros. Todavia, sempre que se for analisar um conflito, deverá ser observada a diretriz da dignidade humana para se ponderar pela conclusão que irá prevalecer no caso concreto. Nesse sentido, sobre a primazia da dignidade humane face a outros valores constitucionais, "afirma-se, no Direito alemão, que o postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwurde*) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*) que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts. 1º, I, e 79, III). A garantia de eternidade contida no art. 79, III, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais"[320].

Desse modo, no processo de execução penal, quando se for analisar o conflito do princípio do juiz natural com outras normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade da pessoa que se encontra

---

[318] Artigo 144, da CF: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio ...".

[319] Art. 5º, XLVII, "a", CF: "Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;".

[320] RUFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Tubingen: J. C. B. Morh, 1976, v. 2, p. 462, citado por MENDES, COELHO, BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 334.

encarcerada, deverá ser a diretriz para que, pautado na proporcionalidade em sentido estrito (teoria da ponderação), se conclua por qual norma deverá prevalecer ou qual deverá ser mitigada para que se alcance o objetivo de um processo executório penal eficiente e garantista.

3.3. A competência no processo de Execução Penal

Tradicionalmente, tem-se a competência como a "medida da jurisdição"[321] [322]. Assim, a jurisdição é o todo e a competência é a parcela desse todo que "compete" ao órgão jurisdicional exercer legitimamente. Pode ser definida como "o conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidos pela Constituição e pela lei. Ela é também conceituada como medida da jurisdição (definição tradicional) ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos (Liebman)"[323].

Logo, dentre toda a jurisdição, que é una, o que cabe a cada órgão jurisdicional exercê-la, definido pela Constituição ou pela lei, é a competência. Esta "é a capacidade de exercer jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação ordinária"[324], "o âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferido a cada órgão jurisdicional"[325].

---

[321] Utilizam-se também as expressões "limite da jurisdição" e "quantidade de jurisdição" (in FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 143).

[322] Este conceito tradicional de competência não é isento de críticas. Sustenta, Gustavo Badaró, que a definição de que competência é uma parcela da jurisdição não é correta, pois "cada órgão teria a sua quantidade ou medida de jurisdição, distinta da quantidade ou medida dos demais. Todavia, a jurisdição decorre da investidura e todos os órgãos jurisdicionais do País são investidos da mesma jurisdição, em igual qualidade, diferenciando-se apenas quanto à legitimidade para o exercício dessa jurisdição. A jurisdição não só é uma, como indivisível, e, portanto, todos os órgãos jurisdicionais a possuem em sua totalidade, não sendo correto afirmar que um órgão tem apenas 'parte' ou uma 'medida' do poder jurisdicional: jurisdição ou se tem ou não se tem. Quando se atribui a jurisdição a um órgão estatal, se lhe atribui a jurisdição uma e, portanto, toda a jurisdição. O que é possível distribuir, dividir ou repartir é a competência" (BADARO,. *Processo Penal*, *op. cit.,* p. 147).

[323] DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.,* p. 423.

[324] FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, *op. cit.,* p. 143.

[325] BADARO, *Processo Penal*, *op. cit*., p. 148.

Em matéria penal, a jurisdição é monopolizada pelo Estado e se caracteriza pela intervenção deste junto aos jurisdicionados para fins de atuação do direito ao caso concreto e, mais particularmente, ao caso ou questão penal[326]. O poder de impor a decisão em face do cidadão, por exemplo obriga-lo a cumprir uma pena privativa de liberdade, é o exercício da jurisdição e qual órgão vai exercer esse poder é determinado pela competência.

A competência é pressuposto para o exercício regular do poder jurisdicional, visto que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal).

Sem nos preocuparmos em adentrar em uma análise profunda da questão da competência de um modo geral, ou mesmo em matéria penal, visto ser tema para um livro inteiro, vamos concentrar na questão da competência no processo de execução penal.

Já estabelecemos que o processo de execução penal tem natureza jurisdicional. Portanto, havendo jurisdição, há necessidade de se estabelecer a medida dessa jurisdição, ou seja, a competência.

A pergunta é: a qual órgão jurisdicional compete julgar o processo de execução penal? Os incidentes surgidos no seu curso, bem como sentencia-lo determinando sua extinção?

Conforme colocado, a competência (distribuição da jurisdição) é determinada pela Constituição Federal ou pela legislação ordinária. No caso do processo de execução penal, a resposta a nossa pergunta é estabelecida pela legislação ordinária.

A intenção do legislador com a edição da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) foi a de criar juízos especializados em execução penal[327]

---

[326] OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, *op. cit.,* p.193.

[327] Exposição de motivos nº 213, de 09 de março de 1983. Item: "92. A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. Já em 1893, no Congresso promovido pela recém-fundada União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum –

para concretização do mandamento expresso na sentença condenatória (ou absolutória imprópria). Assim, foi editado o artigo 65 da LEP[328] que estabelece a competência para o juiz indicado na lei de organização judiciária local, qual seja o juiz da execução[329], e, apenas na sua ausência, a competência será do juiz da sentença. Veja-se que o juiz criminal da sentença possui somente competência subsidiária, ou seja, quando não houver juízo da execução penal. Igualmente, o artigo 2º da LEP fornece diretrizes sobre a competência no processo de execução penal, sobretudo em seu parágrafo único[330], ao estabelecer que, mesmo os presos provisórios ou das justiças especiais (Eleitoral e Militar), ficarão sujeitos à jurisdição ordinária[331] quando recolhidos em estabelecimentos desta jurisdição.

É notória a máxima "a execução penal segue o preso", ou seja, o processo de execução penal será julgado na comarca onde está o sentenciado, ou seja, onde se localiza o estabelecimento prisional em que cumpre a pena e, havendo transferência, o processo "segue o preso"[332].

No processo de execução penal, a Justiça competente é determinada pelo estabelecimento prisional, ou melhor, a natureza e o local do estabelecimento onde se encontra o sentenciado privado de sua liberdade que

---

valendo a condenação, principalmente, pelo seu modo de execução – o divisionismo consumado pelo Direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como 'irracional e danoso'. O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgido na Itália em 1930 e em França após 1945". Item "93. Esse juízo especializado já existe, entre nós, em algumas Unidades da Federação. Com a transformação do Projeto em lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais Estados e Territórios".

[328] Art. 65, LEP: "A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença".

[329] "Hoje, praticamente todos os estados e a União possuem varas de execução penal" (NUNES, *Comentários à Lei de Execução Penal*. *op. cit.,* p. 155).

[330] Art. 2º da LEP: "A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais de Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. 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".

[331] Jurisdição ordinária é o termo utilizado pelo Legislador, mas o correto seria jurisdição comum.

[332] "Em havendo transferência do condenado do juízo da condenação para outra jurisdição, há imediato reflexo na competência. A administração da execução da pena e a solução dos respectivos incidentes, inclusive mudança de regime, competem ao juízo de onde encontre o transferido" (STJ, CComp. 19.549/SP, 3ª Seção, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 10-6-1998, DJU de 3-8-1998, p. 75).

determinarão qual a Justiça competente e qual o juiz territorialmente competente para a execução[333], esclarecendo, em um primeiro momento, que se a penitenciária for federal, a competência é da justiça federal e se estiver sob jurisdição ordinária da justiça estadual, esta será a competente para os processos de execução penal, ainda que a condenação seja originada da Justiça Federal[334]. Logo, a competência para "o processo execucional é o juízo de execução penal da comarca onde estiver o estabelecimento cuja pena está sendo cumprida"[335] e, no caso de cumprimento de pena em regime aberto, é competente o juízo da execução da comarca em que o sentenciado declara domicílio. De igual modo (competência do juízo do domicilio do condenado), é a competência no caso de suspensão condicional da pena ("sursis") e para cumprimento de pena restritiva de direitos. Com relação à pena de multa, a competência para execução é da Vara de Execuções Fiscais[336]. A medida de segurança, por sua vez, tal qual a pena privativa de liberdade, a competência será do juízo da comarca onde estiver sendo cumprida, seja internação ou tratamento ambulatorial.

O processo de execução penal tem início com a expedição da guia de recolhimento, seja definitiva ou provisória. A expedição da guia ocorre quando é cumprido o mandado de prisão e o réu é preso e recolhido a algum estabelecimento prisional. O juízo competente será o determinado para aquele estabelecimento prisional. A lei de organização judiciária estabelecerá qual juízo de execução penal será competente para os processos de execução dos presos

---

[333] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. ci.t,* p. 407.

[334] Sobre esse tema analisaremos a questão 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") no item 3.5.2, que se analisará a competência da Justiça Federal para as penitenciárias federais nos termos da Lei 11.671/2008 e a competência da justiça estadual para as penitenciárias sob administração do Estado.

[335] MARCÃO, *Lei de Execução Penal Anotada*, *op. cit.,* p.173.

[336] A pena de multa, com a redação trazida pela Lei 9.268/1996 ao artigo 51 do Código Penal ("Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição") passou a ser dívida de valor, não conservando a natureza de pena criminal, sendo impossível sua conversão em pena privativa de liberdade. Sendo dívida de valor fiscal, a competência para execução é da Vara da Fazenda Pública (execuções fiscais) competente.

de cada estabelecimento prisional, observada a proximidade territorial, sobretudo em razão do dever de fiscalização a ser exercido pelo juízo[337].

Logo, temos que a competência é fixada pelo local de cumprimento da pena[338] sendo que, quando o preso é transferido, igualmente se transfere a competência para julgamento do processo de execução penal. Com isso, garante-se a igualdade de tratamento aos presos que se encontram na mesma unidade prisional, tanto no que diz respeito às questões disciplinares, como nos posicionamentos jurisdicionais para o julgamento dos incidentes no processo de execução penal, pois "a identidade de tratamento disciplinar de todos os presos ou internados só é possível, jurídica e praticamente, sob única orientação e direção. E esta, como é de clareza solar, deve ser a do juiz da execução criminal, corregedor do estabelecimento penal"[339].

Ressaltamos a importância de que seja um juízo único competente para os processos de execução penal de um mesmo estabelecimento prisional, ainda que, com isso ocorra alguma afronta, ou mitigação, do princípio do juiz natural, preservando-se a igualdade de tratamento de sentenciados na mesma realidade prisional, bem como mantendo-se a ordem e disciplina, ante o natural sentimento de revolta, já aguçado em quem se encontra em situação de segregação, acaso soluções diversas fossem dadas para sentenciados com mesma situação jurídica.

Existe uma razão bastante coerente para que assim o seja. Questões de segurança pública indicam a necessidade de se ter o mesmo juiz

---

[337] Observa-se a possibilidade de competência estabelecida a Juízos não necessariamente da comarca onde se encontra a unidade prisional, com a possibilidade de uma Vara regional com competência para julgamento de processos de execução penal de penitenciárias localizadas em outras comarcas. Por exemplo, a 1ª Vara de Execução Criminal da Comarca de Araçatuba, no Estado de São Paulo, é competente para julgamento dos processos de execução penal dos presos custodiados na Penitenciária de Mirandópolis, muito embora na cidade de Mirandópolis haja vara judicial, inclusive com competência em execução penal para os sentenciados em regime aberto.

[338] Na maioria dos Estados, a competência jurisdicional é fixada com base no local de cumprimento da pena (NUNES, *Comentários à Lei de Execução Penal*. *op. cit.,* p. 155). Ainda, "impossível fazer uma análise de todas as leis de organização judiciária, no que toca à competência para a execução da pena, mas pode se afirmar, com segurança, que tem prevalecido, como fator de coligamento, o lugar do estabelecimento penitenciário" (BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit*., p. 407.).

[339] TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*, *op. cit*., p. 116.

de execução para analisar os processos daqueles que se encontram sob custódia do Estado em um mesmo estabelecimento prisional. Dois presos que dividem a mesma cela, se tivessem cada qual um juiz para analisar seu processo de execução penal, com a possibilidade de decisões diferentes para situações idênticas, em virtude de posicionamento jurídico diverso entre os juízes[340], poderia ocasionar uma sensação de revolta ao preso que se sentisse prejudicado por eventual posicionamento mais rigoroso. Isto, além de desestimular a ressocialização, fim maior da execução da pena, pode causar problemas de segurança na unidade, estimulando o cometimento de faltas disciplinares de natureza grave para forçar a transferência de unidade prisional, afora a possibilidade de rebeliões.

A instabilidade trazida diante dessa situação justifica, sobremaneira, que a competência para julgamento dos processos de execução penal dos presos de um estabelecimento prisional recaia sobre o mesmo juízo da execução penal, bem como a necessidade de igualdade de tratamento aos presos que estão na mesma situação fática. Evitam-se "clamorosas iniquidades nas execuções das penas de condenados recolhidos em um mesmo estabelecimento penitenciário", esclarecendo que "não é possível submeter a regimes jurídicos diversos, nem a decisões díspares e até contraditórias, condenados obrigados a conviver no mesmo ambiente físico e no mesmo espaço territorial. Se houvesse um juiz competente para cada uma das 'classes' de condenados, a diversidade de tratamento na execução criaria problemas internos, podendo até mesmo ser o estopim para rebeliões ou insurreições"[341]. Ainda, "a natureza e a sede do estabelecimento penitenciário em que o sentenciado cumpre a reprimenda determinam a competência do juiz para, no

[340] Imagine-se a seguinte situação: Dois presos condenados à pena privativa de liberdade de reclusão de 1 (um) ano e 8 (oito) meses pela prática do crime de tráfico de entorpecentes privilegiado (artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006). Ambos requerem, na mesma data, pedido de livramento condicional. Conforme já colocamos (vide item 2.3.9), há posicionamentos divergentes sobre a possibilidade de deferimento de livramento condicional para condenados a penas abaixo de 2 (dois) anos de privação de liberdade em virtude do disposto no artigo 83 do Código Penal –" O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos ..." -. Assim, fossem dois juízes de execução penal competentes, cada qual para um dos sentenciados, e tivessem eles entendimentos jurídicos diversos sobre o mesmo tema, um dos presos seria beneficiado com o livramento condicional e outro não, mesmo estando os dois no mesmo estabelecimento prisional e com a mesma situação jurídica.

[341] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit.,* p. 406.

exercício da atividade jurisdicional, dirimir os incidentes da execução da pena, pois outro entendimento levaria a uma inadmissível dualidade jurisdicional em um mesmo presídio, criando, às vezes, inconciliáveis situações em relação a presos numa mesma situação, num mesmo estabelecimento penal, apenas e tão somente porque suas condenações foram decretadas por justiças diferentes"[342].

Por fim, com relação ao que compete ao juízo da execução penal decidir e realizar no curso do processo executório, confira-se a disciplina do artigo 66 da Lei de Execução Penal, esclarecendo que não se esgota ai tudo que lhe compete, visto que cabe a ele "prover a regularidade do processo executivo, portanto, as hipóteses de competência e atribuição expressas nos dispositivos da LEP não constituem *numerus clausus*, pois não as exaurem, já que outras podem ser buscadas em normas complementares e na própria natureza de sua atuação processual"[343].

3.4. O princípio do Juiz Natural no Processo de Execução Penal.

A primeira premissa que temos que fixar é se aplicável ou não o princípio do juiz natural no processo de execução da pena.

Por todo mais que já expusemos, resta claro que, sendo o processo de execução penal de natureza jurisdicional, incidindo nele os princípios constitucionais, dentre os quais o devido processo legal, não se pode afastar a incidência do princípio do juiz natural durante a execução da pena. Logo, "a garantia do juiz natural é aplicável também à execução penal, devendo o juiz competente ser predeterminado por lei, não sendo compatíveis com o art.

---

[342] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 115, citado por TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*, *op. cit.,* p. 116.

[343] PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO, COIMBRA, *Direito de Execução Penal*, *op. cit*., p. 122.

5º, LIII, da CF, critérios que permitam escolhas discricionárias *ex post factum* do julgador"[344].

O princípio do Juiz Natural, norma de previsão constitucional[345], estabelece que, como garantia de um juiz imparcial e independente, este deve ser, dentre outras características, predeterminado pela lei.

No caso do processo de execução penal, o juiz predeterminado como competente é, pelos artigos 2º e 65 da LEP, o juízo das execuções criminais e, apenas na ausência deste, o juízo da sentença. O processo penal se desenvolve segundo normas determinadas e obedientes ao Princípio do Juiz Natural, a execução da pena imposta neste processo penal, também deve respeitar normas predefinidas, entre as quais, o Juiz Natural, o juiz da execução penal[346].

Havendo a incidência do princípio do juiz natural, devemos analisar se há afronta ao mesmo pelas regras existentes, se há observância ao "juiz predeterminado por lei" no processo de execução penal, consoante as regras de competência expostas nos artigos 2º e 65 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

O juiz do processo de execução de pena privativa de liberdade será, em regra, o juiz com competência para o estabelecimento prisional onde se encontra recolhido o preso. Logo, há uma regra predeterminando quem será o juiz competente para o processo de execução penal. Este é o juiz natural no processo de execução da pena: o juiz do estabelecimento prisional onde se encontra preso o condenado. Todavia, o grande problema que enfrentamos, no que diz respeito ao princípio do juiz natural, é a questão da transferência do sentenciado para outro estabelecimento, o que altera a competência depois de já iniciado o processo e já realizado o fato. Seria uma alteração de competência *ex post factum*.

---

[344] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit.,* p. 251.

[345] Vide capítulo 1.

[346] MARCON, Adelino. *O Princípio do Juiz Natural no processo penal*, Curitiba: Juruá, 2011, p. 206.

O “fator de coligamento” para determinação de competência no processo de execução penal é o local do estabelecimento em que o condenado cumpre a pena privativa de liberdade. Porém, este pode ser facilmente alterado[347], ao contrário do que acontece com o fator determinante da fixação de competência para o processo de conhecimento, por exemplo, o lugar do crime (artigo 70 do Código de Processo Penal[348]).

Quem determina o estabelecimento prisional em que será cumprida a pena privativa de liberdade é o Poder Executivo através da Secretaria de Administração Penitenciária. Esta determinação é discricionária, pautada em critérios subjetivos, sem base em qualquer critério legal. Igualmente, “a totalidade das remoções de pessoas presas em unidades prisionais são feitas por ato e vontade do Executivo (Administração penitenciária) à revelia do Judiciário”[349]. Assim, a transferência é determinada pela Secretaria de Administração Penitenciária por ato discricionário, ou seja, a mudança de competência do processo de execução penal ocorrerá em virtude de um ato administrativo de outra esfera de Poder, discricionariamente, o que pode ocasionar “escolhas” por parte da administração sobre quem será o juiz competente[350].

Neste aspecto (escolha do juiz que irá julgar), existe grave violação do princípio do juiz natural, o que deve ser repensado em nosso sistema de execução penal. Logo, “depois de cometido o delito e, o que é pior,

---

[347] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit.,* p. 408.

[348] Art. 70, CPP: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infracao, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

[349] AMARAL, *Em busca do devido processo na execução penal*. *op. cit.,* pp. 177-178.

[350] Imagine a situação de um preso que está recolhido na Penitenciária da cidade de São Paulo/Capital. Este já fez pedido de livramento condicional, o qual, em princípio, atende todos os requisitos legais de acordo com o que o juiz reiteradamente decide em casos semelhantes, havendo, inclusive, manifestação do Ministério Público favorável à concessão do benefício. Todavia, por razões eminentemente subjetivas, a administração penitenciária, sabendo que o posicionamento jurisdicional, por exemplo, do Juiz da comarca de Presidente Prudente/SP é diverso com relação àquela matéria, mais rigoroso e com possível indeferimento do benefício, resolve fazer a transferência, de modo absolutamente discricionário, do condenado para alguma penitenciária com competência na Vara de Execução Penal de Presidente Prudente/SP, alterando a competência para julgamento do processo por ato *ex post facutm*. Igualmente, tal postura poderia ser utilizada para favorecer determinado condenado, transferindo-o para alguma penitenciária cujo juiz competente tenha um posicionamento jurídico favorável a sua situação, o que também não pode ser admitido.

muitas vezes quando já formulado e pendente de julgamento um determinado incidente da execução, por exemplo, um pedido de progressão de regime, haverá modificação do juiz competente. Há clara e inconteste violação da garantia do juiz natural, que veda qualquer possibilidade de escolhas discricionárias do juiz competente, *ex post factum*"[351].

Não se pode defender, entretanto, que o princípio do juiz natural tem caráter absoluto e não pode sofrer sequer mitigação quando em conflito com outros princípios constitucionais. Vimos, não há direito absoluto.

Há uma regra abstrata predeterminada: o juiz competente é aquele competente para julgar os processos de execução penal dos sentenciados que se encontram em determinado estabelecimento prisional. É um magistrado regularmente investido na sua função. Não se trata de diretriz focada em um grupo determinado de pessoas ou com caráter individual. É uma norma de caráter geral e abstrato. Não há escolha discricionária do julgador. Portanto, o juiz natural está predeterminado. Como dissemos, a grande problemática diz respeito em como determinar este estabelecimento prisional, bem como, e principalmente, a transferência dos presos, ambos realizados por atos discricionários da administração pública.

Se há violação do juiz natural na transferência discricionária do condenado para outro estabelecimento prisional (e há como colocamos), a pergunta que se deve, agora, responder é se outras normas também de hierarquia constitucional estão sendo preservadas e, diante desse conflito, em um juízo de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) é razoável exigir o sacrifício de um em razão do outro.

Ao tratarmos da competência no processo de execução penal, deixamos clara a importância de que todos os sentenciados que se encontram em um mesmo estabelecimento prisional tenham seus processos julgados pelo mesmo juízo de execução penal. Preserva-se, com isso, o princípio da igualdade de tratamento das pessoas condenadas que se encontram na mesma unidade

[351] BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit.,* p. 409.

prisional, assim como a segurança pública e, consequentemente, a vida e integridade física de terceiros (agentes penitenciários) e dos próprios detentos, posto que tratamentos diversos em um mesmo estabelecimento prisional podem gerar rebeliões e outros atos de indisciplina causadores de danos a bens e direitos constitucionais (*v.g.* vida, integridade física, patrimônio).

Logo, partindo da premissa de que todos condenados que se encontram na mesma unidade prisional devem ter seus processos de execução penal em um mesmo juízo da execução penal (e este é o juiz natural do processo de execução penal), temos que analisar os conflitos de normas constitucionais daí advindos.

Tal premissa, além de ir de encontro à eficiência na administração da justiça, justificando-se, inclusive por questões práticas, consagra o princípio da igualdade previsto constitucionalmente[352].

Em verdade, não há afronta ao juiz natural ao se determinar que a competência para julgamento dos processos de execução penal será do juízo determinado como competente para o estabelecimento prisional. A afronta ao princípio do juiz natural se dá pela escolha discricionária do estabelecimento em que cumprirá a pena e pela transferência discricionária do condenado, com a possibilidade de escolha do julgador, alterando-se a competência para julgamento do processo de execução penal.

A necessidade de o juízo ser predeterminado, consoante disciplina o princípio do juiz natural, é para evitar a escolha de julgadores, individualizando casos de competência com interesses direcionados. Assim, considerando que o fator de coligamento no processo de execução penal deve ser o lugar do estabelecimento prisional em que o condenado se encontra, a determinação deste estabelecimento e as transferências, que tem o condão de alterar a competência para julgamento dos processos de execução penal, não

[352] Art. 5º, “caput”, CF: “Todos são iguais perante a lei ...”.

podem ser atos discricionários da administração penitenciária, mas atos vinculados à disciplina legal com critérios certos e objetivos[353].

Em suma, o fator de coligamento para determinação de competência no processo de execução penal é o local do estabelecimento prisional e a determinação desse fator não pode se dar por ato discricionário, tampouco a alteração do mesmo (transferência do preso).

Assim, a determinação do estabelecimento prisional e as hipóteses de transferência devem ser regulamentadas por lei, estabelecendo os critérios gerais e abstratos para se determinara o estabelecimento e os casos em que a transferência poderá ocorrer, como quando o réu comete falta disciplinar de natureza grave, não se justificando sua permanência na unidade prisional por razões de disciplina e até segurança do próprio sentenciado (v.g. envolvimento em briga com outros detentos, sendo ameaçado de morte), quando está acometido de doença que justifique a transferência para unidade prisional próxima a algum centro de tratamento especializado naquela doença, nos casos de aproximação familiar, dentre outras situações que o legislador possa prever ser adequada a transferência, não podendo ficar a livre arbítrio e discricionariedade da autoridade administrativa penitenciaria, mas sempre vinculada[354] às hipóteses legais.

Por certo, não há como a lei prever todas as situações que justifiquem a transferência do condenado. Neste caso, quando a autoridade administrativa penitenciária estiver diante de uma situação que entenda ser causa para a transferência, esta somente poderá se efetivar com a autorização

---

353 "Caso se considere que o melhor é manter como fator de coligamento o lugar do estabelecimento em que o condenado cumpre a pena, é necessário que as transferências, por seu reflexo na determinação da competência, passem a ser objeto de decisão judicial, com base em critérios legais certos e objetivos, que não admitam a livre escolha do magistrado sobre determinar ou não a transferência, bem como para onde transferir" (BADARÓ, *Juiz Natural no Processo Penal*, *op. cit*., pp. 411-412). Aqui discordamos por não entender que toda e qualquer transferência tenha que ser feita mediante autorização judicial. A transferência pode ocorrer por ato da administração, mas ato vinculado que esteja previsto dentre as hipóteses legais, podendo, por óbvio, a transferência sempre ser objeto de questionamento perante o juiz corregedor da unidade prisional em incidente próprio com participação do Ministério Público e da Defesa, com contraditório efetivo.

354 Vide nota de rodapé 125.

do juiz corregedor do presídio que analisará, após ouvido o Ministério Público e a defesa, se é conveniente e justificada a transferência, em incidente instaurado no processo de execução justamente para esse fim.

Da mesma forma, quando for vontade do sentenciado ser transferido, encontrando-se em alguma das hipóteses previstas em lei, este poderá requerer a transferência à autoridade administrativa e, não sendo atendido seu pedido, poderá se dirigir ao juízo da execução penal.

Igualmente, a transferência determinada pela autoridade administrativa poderá ser questionada pelo condenado que com ela não concorde. Assim, toda vez que for determinada a transferência do sentenciado para outra unidade prisional e ele entenda não estarem presentes os requisitos legais para esta medida, poderá impugnar, mediante expediente no processo de execução penal, a legalidade do ato, o qual poderá ser revisto pelo juízo após solicitar informações à autoridade administrativa e ouvir o Ministério Público. Revogado judicialmente o ato de transferência, o condenado deverá retornar a unidade de origem.

Com isso, edição de lei para regulamentar as hipóteses de transferência do condenado, passando a ser ato vinculado da administração penitenciária e não mais ato discricionário, entendemos que ficará assegurado um maior controle sobre as interferências do agente administrativo sobre a competência no processo de execução penal, preservando-se, ainda mais, a garantia do juiz natural.

Por fim, de igual importância que a lei preveja critérios para estabelecer qual o estabelecimento prisional ocorrerá a inclusão do condenado no sistema penitenciário, vez que este ato determina a competência para julgamento no processo de execução penal. Logo, não pode, também, ser ato discricionário da administração penitenciária, mas vinculado a critérios gerais, abstratos e objetivos de legalidade, definindo-se em qual unidade prisional o condenado iniciará o cumprimento de sua pena privativa de liberdade.

3.5. Questões práticas.

Assim como nos demais capítulos, quando discutimos questões práticas referentes ao princípio do juiz natural (primeiro capítulo) e ao processo de execução penal (segundo capítulo), agora analisaremos questões que surgiram na realidade nacional que envolvam os aspectos discutidos neste capítulo, quais sejam, o princípio do juiz natural no processo de execução penal.

3.5.1. Mutirões carcerários.

Os mutirões carcerários em nível nacional são uma prática organizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[355] para analisar a situação processual das execuções penais que se encontram atrasadas em demasia e também para inspecionar os estabelecimentos prisionais. Trata-se de medida visando, sobretudo, a diminuição da população carcerária e minimização do problema da superlotação, e a melhoria nas condições de encarceramento.

Com o tempo, mostrou-se ser medida paliativa que não soluciona o problema do atraso, visto que, após o julgamento dos benefícios em atraso, encerravam-se os trabalhos e o atraso voltava a acumular. Desse modo, não tem sido mais uma constante do Conselho Nacional de Justiça[356], todavia continua sendo usual em alguns estados da federação.

Quando do surgimento dos mutirões carcerários muito se discutiu sobre a constitucionalidade desta prática, visto que juízes de todo o Brasil eram convocados e designados para julgar processos, originariamente, de competência de outro juiz.

---

[355] http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario

[356] O último mutirão carcerário organizado pelo CNJ foi em 2014: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios

Pode-se identificar o conflito entre normais constitucionais, quais sejam, o princípio do juiz natural e o princípio da duração razoável do processo[357].

Logo, por certo que a designação de juízes de outros Estados da Federação para julgar processos que são da competência "natural" do juiz do estabelecimento prisional mitiga o princípio do juiz natural, não o aniquilando como um todo, visto que são juízes investidos regularmente na função, não são "escolhidos" para um caso concreto específico, mas para a generalidade dos processos em atraso em determinado juízo de execução penal.

Por outro lado, o julgamento célere dos benefícios em execução penal é uma garantia fundamental do cidadão, sobretudo quando influenciam diretamente na liberdade.

Seria razoável exigir que o condenado aguardasse, no cárcere, o julgamento do seu benefício pelo juízo originariamente natural, quando, adotada a prática do mutirão, poderia ter o julgamento mais célere?

Realizado um juízo de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) entendemos que a duração razoável do processo, com um julgamento mais célere deve prevalecer, embora que, para isso, exija-se alguma mitigação do princípio do juiz natural. Obviamente, não se pode simplesmente ignorar o princípio do juiz natural, aniquilando-o por completo, por exemplo, com a convocação de cidadãos não investidos na função de juiz[358], direcionando especificamente determinado processo a determinado juiz, em evidência de escolha do julgador para processo em questão, o que não pode ser aceito. Enfim, mesmo adotada a prática do mutirão, determinadas raízes do princípio do juiz natural, garantindo-se um juiz imparcial, não podem ser abandonadas.

---

[357] Artigo 5º, inciso LXXVIII, CF: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

[358] Devem ser convocados juízes de carreira, assim aqueles nos termos do art. 93, inciso I, da CF: "Ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação".

Por seu turno, as Cortes Superiores enfrentaram a questão da constitucionalidade dos mutirões em face do princípio do juiz natural, solidificando o entendimento de que não deveriam ser anulados[359].

3.5.2. Súmula 192 do STJ.

Muito se discutiu sobre a possibilidade de Juízes de Direito dos Estados julgarem processos de execução penal, cujas condenações fossem advindas da Justiça Federal.

Como, no processo de execução penal, além de dar cumprimento ao comando imposto na sentença condenatória, ou absolutória imprópria nos casos de medidas de segurança, o juiz tem poderes para tomar decisões que modifiquem substancialmente a pena imposta, surgiu o questionamento da competência do juiz estadual modificar comandos contidos em sentenças de crimes com competência da justiça federal.

Desse modo, por exemplo, havendo duas ou mais condenações de uma mesma pessoa, com crimes que preencham os requisitos do artigo 71 do Código Penal[360], o juiz da execução da pena poderá (deverá quando preenchidos os requisitos legais) reconhecer a continuidade delitiva e, assim, modificar a pena imposta para considerar a mais alta das penas acrescida de 1/6 a 2/3 (caso, obviamente, com este cálculo a pena fique menor do que somadas todas elas, mantendo-se, sempre a situação mais favorável ao réu). Existem outras tantas situações em que o juiz da execução penal profere decisões que

---

[359] "A orientação jurisprudencial do STJ firmou-se no sentido de que o regime de "mutirão" não fere o princípio do juiz natural, notadamente quando a questão discutida nos autos independe da produção de prova em audiência" (STJ, AgRg no Ag 828862 / PR, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 23/10/2007, DJe. DJ 23/11/2007).

[360] Art. 71 CP: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

alteram a pena a ser cumprida, como as remições, o deferimento de indulto, comutações.

Em sua esmagadora maioria[361], as unidades prisionais são vinculadas à juízos de execução penal das justiças estaduais. Logo, durante o processo de execução da pena, o juiz estadual teria poderes para modificar o comando expresso em uma sentença condenatória proveniente da justiça federal. Nesse aspecto, residiu a divergência.

Todavia, acertadamente, a divergência foi superada com a edição da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: "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 Súmula do STJ nada mais faz do que solidificar a regra de competência predeterminada nos processos de execução penal, ou seja, o juízo do estabelecimento prisional será o competente para julgar os processos de execução penal dos condenados que se encontrem recolhidos na unidade. Isto, por todas as razões que já expusemos, é de singular importância a mesma diretriz jurisdicional para sentenciados que se encontram no mesmo espaço físico.

Por sua vez, a edição da Lei 11.671/2008 prevê, em seu artigo 2º, que "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". Consagra-se, mais uma vez, a competência do mesmo juízo de execução penal para todos os condenados que se encontrem na mesma unidade prisional. Logo, mesmo que os presos recolhidos nos estabelecimentos prisionais federais tenham suas condenações impostas por crimes de competência da justiça estadual, os incidentes nos processos de execução penal serão julgados pelo juiz federal competente, até mesmo para se

[361] Atualmente, existem 4 unidades prisionais de competência federal, localizadas em Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Porto Velho/RO e Mossoró/RN.

manter coerência com o teor da Súmula 192 do STJ, inclusive já havendo decisões nesse sentido em conflito de competência instaurado[362].

3.5.3. Departamentos Estaduais de Execuções Criminais.

Atualmente, muito se discute sobre a constitucionalidade dos Departamentos de Estaduais de Execução Criminal criados, no Estado de São Paulo, criados pela Lei Complementar Estadual nº 1.208 de 2013 e regulamentado, no que diz respeito à indicação dos juízes que o irão compor, pela Resolução 613/2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo, sobretudo por suposta afronta ao princípio do juiz natural, na medida em que os juízes a serem designados para atuarem no referido departamento poderiam ser discricionariamente escolhidos[363].

Primeiramente, não se pode negar que os DEECRIMs tem por objetivo dar celeridade ao julgamento dos processos de execução penal, diminuindo o tempo marginal no cárcere, assim entendido o tempo para além daquele quando se obtém o lapso para beneficio.

Os departamentos apenas poderão receber os processos cujas guias de recolhimentos forem expedidas após a sua criação, ou seja, processos iniciados após a criação do departamento[364]. Deste modo, por não se tratar de uma justiça especializada, vez que já existem varas especializadas em execução penal no Estado de São Paulo, somente receberão processos iniciados após a criação do Departamento, não havendo redistribuição de processos de execução penal já em andamento.

---

[362] STJ, CC 90.702/PR, 3ª Seção, rel. Min. Og Fernandes, j. 22.04.2009.

[363] FRANCO, Alberto Silva. *Um exemplo gritante de retrocesso*. Boletim do IBCCRIM, ano 22, nº 255, fevereiro/2014, pp.2-3.

[364] Art. 1º § 7º LC 1.208/2013 - Os processos de execuções criminais iniciados após a vigência desta lei, de novos executados, serão processados exclusivamente no ambiente digital e distribuídos às unidades regionais.

A criação dos DEECRIMs representa, também, a evolução do processo, uma vez que se trabalha exclusivamente com o processo no ambiente digital, com a facilitação eletrônica dos atos processuais, o que privilegia a celeridade do feito, indo de encontro com a garantia fundamental da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVII, CF).

Quanto à forma de designação dos juízes que irão compor o Departamento, é regulamentado pelo artigo 1º, §3º da Lei Complementar Estadual nº 1.208 de 2013[365] e pela Resolução 617/2013 do TJSP.

Privilegia-se o histórico profissional, que nada mais é do que o merecimento[366], visando a escolha de juízes que tenham um conhecimento mais especializado sobre o tema, inclusive com os conhecimentos interdisciplinares que a matéria exige, com a capacidade de avaliar a personalidade do condenado e ser apto para a individualizar a execução da pena, bem como o fazer de modo célere e humanizado, consoante o novo perfil que se exige de quem se dispõe a desempenhar importante função. Não cabe mais uma visão exclusivamente punitiva em sede de execução penal. Privilegiam-se juízes vocacionados, com interesse pela matéria e que possam contribuir, sobremaneira, para evolução do sistema tendo como diretriz primordial a dignidade da pessoa humana.

Todavia, imperioso que seja regulamentado, no âmbito do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, os critérios objetivos analisados para a escolha dos juízes no que diz respeito ao histórico profissional, para se evitar margens a escolhas discricionárias. Destaca-se que toda escolha pode ser impugnada perante o órgão especial do Tribunal de Justiça quando se vislumbrar qualquer ilegalidade ou desvio na escolha de determinado juiz.

---

[365] Art. 1º, §3º LC 1.208/2013: O Conselho Superior da Magistratura designará os juízes que atuarão no Departamento Estadual de Execuções Criminais e no Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, bem como o corregedor permanente de presídios em cada unidade regional e o corregedor permanente da polícia judiciária mediante inscrição dos juízes interessados, observado o histórico profissional.

[366] Merecimento é critério utilizado até mesmo para as promoções na carreira da Magistratura nacional consoante disposição do art. 93, inciso II, alíneas “a”, “b”, “c”, e III, da CF .

Ademais, as escolhas são para atuar na generalidade das ações de execução penal e não com caráter específico e direcionadas a sentenciados individualmente considerados.

Não há, em princípio, simplesmente pelos critérios de escolha, mácula à imparcialidade do julgador.

Argumenta-se que seria possível a escolha de juízes ora com perfil mais rigoroso, quando a administração não desejasse que condenados ganhassem benefícios durante a execução da pena, ora com perfil mais “pro reo” quando o desejo da administração fosse em sentido contrário.

Não se pode aceitar que as designações dos juízes para os Departamentos tenham esse norte. Por isso, a fixação de critérios objetivos de escolha afasta toda possibilidade de manipulação, selecionando-se aqueles que demonstram maiores condições de contribuir para o adequado funcionamento do sistema prisional e julgamento dos processos de execução penal das penas privativas de liberdade.

Porém, existem posicionamentos doutrinários contrários aos Departamentos de Execução Penal e a questão ainda pende de julgamento em ação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal[367].

[367] STF, ADI 5.070.

CONCLUSÕES

1. O princípio do juiz natural tem como antecedente histórico mais remoto a Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra na Inglaterra, em especial nos seus artigos 20, 21 e 35.

2. A concepção do princípio do juiz natural que mais se aproxima da atual surgiu no direito francês, desenvolvendo-se, marcadamente, no período da Revolução de 1789, com o rompimento com o sistema absolutista, caracterizado pela concentração dos poderes em uma só pessoa, em regra, o monarca.

3. A partir da Revolução de 1789, o princípio do juiz natural passou a ter previsão constitucional no direito francês, a começar pela Constituição de 03.09.1791.

4. Atualmente, a Constituição francesa (04.10.1958) não faz menção expressa ao princípio do juiz natural, todavia o mesmo é assegurado pela doutrina e jurisprudência, considerando-o uma consequência do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

5. No direito inglês, apesar da Magna Carta (1215) trazer as primeiras ideias do juiz natural, limitando-se à noção de juiz competente, apenas com a “Petition of Rights” e a “Bill of Rights” que houve preocupação em se proibir os juízes “ex post facto”.

6. No sistema jurídico inglês atual, não há utilização da expressão juiz natural, este é um dos corolários da “rule of law”, com base no princípio da legalidade, excluindo-se qualquer poder arbitrário ou largamente discricionário, tendo todos direito à jurisdição ordinária.

7. O sistema jurídico dos EUA é caracterizado pela descentralização e autonomia dos Estados. Características próprias do princípio do juiz natural podem ser observadas nas constituições de diversos Estados

norte americanos. Há garantia de julgamento pelos pares e a competência territorial, em matéria penal, é o local do delito. Não há preocupação com a vedação de comissões extraordinárias.

8. Em Portugal, a Constituição atual de 1976 prevê o princípio do juiz natural ao tratar das garantias no processo criminal, estabelecendo que nenhuma causa pode ser subtraída do tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

9. Podem ser citados, ainda, exemplos de países que trazem o princípio do juiz natural em seus ordenamentos, a Itália, a Espanha e a Alemanha.

10. Nas normas de Direito Internacional, destacamos a importância ao princípio do juiz natural nos seguintes textos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos.

11. No direito brasileiro, já havia apontamentos ao princípio do juiz natural na Constituição do Império de 1824 e assim prosseguiu nos textos seguintes, excetuando-se na época do estado ditatorial com a Constituição de 1937. Todavia, com a volta do Estado Democrático, o princípio foi restabelecido na Constituição de 1946.

12. Com a instalação do regime militar no Brasil, a Constituição d e1967 restringiu o princípio do juiz natural, mantendo-se, apenas, a proivicao dos tribunais de exceção.

13. Superado o regime militar, a Constituição Federal de 1988 assegura o julgamento por juiz competente e a vedação aos tribunais de exceção (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, CF).

14. O princípio do juiz natural também tem aplicação no ordenamento jurídico brasileiro através dos tratados dos quais o Brasil é signatário, e que fazem menção ao mesmo, cujas disposições podem ter eficácia

de emenda constitucional (se cumpridos os requisitos do artigo 5º, §3º, CF) ou de norma “supralegal” conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

15. O juiz natural pode ser conceituado como aquele regularmente investido no cargo, com as garantias de independência previstas constitucionalmente, legitimado a exercer o poder jurisdicional, com competência predeterminada por lei, feita por disposições gerais e abstratas, sem direcionamento especifico, garantindo-se um juiz imparcial e proibindo-se tribunais de exceção.

16. A projeção negativa do princípio do juiz natural consiste na proibição dos tribunais de exceção.

17. A projeção positiva do princípio do juiz natural consiste na necessidade da observância do juiz competente, predeterminado, para julgar os fatos.

18. O juiz natural, no processo penal, deve ser o juiz competente segundo a lei vigente no momento da prática delitiva.

19. Uma das principais virtudes do princípio do juiz natural é funcionar como mecanismo para se garantir um julgador independente e imparcial para os casos que são postos a ele para julgamento.

20. O juiz independente é aquele que julga conforme seu entendimento e de acordo com a lei e o sistema normativo, livre de pressões externas e internas.

21. O juiz imparcial é aquele isento, sem predisposição de entendimento com relação aos fatos.

22. A independência é um caminho para se chegar à imparcialidade, ou melhor, não parcialidade, a qual se busca através de mecanismos como a fixação de competência por regras legais prévias, taxativas, com caráter geral e abstrato.

23. A Constituição Federal de 1988 prevês três garantias para se assegurar a independência da magistratura nacional, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (artigo 95, incisos I a III, da CF).

24. A existência de varas especializadas não é incompatível com o princípio do juiz natural, garantindo uma melhor prestação jurisdicional ao cidadão.

25. A especialização tem que ser feita de forma geral e abstrata, pautada em critérios objetivos e antes do fato a ser julgado. Todavia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como constitucional o deslocamento dos inquéritos em andamento nas varas comuns para a vara especializada em crimes de lavagem de dinheiro.

26. O desaforamento é uma figura de alteração da competência, posteriormente ao fato criminoso, quando o interesse da ordem pública justificar, quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado. A alteração se dará para comarca próxima onde tais motivos não subsistam.

27. O desaforamento não viola o princípio do juiz natural, mas o da efetividade visando assegurar um julgamento imparcial e independente de pressões externas.

28. Necessário que a lei (ou mesmo normas internas dos Tribunais) preveja um sistema claro e preciso para se determinar para qual comarca o feito será desaforado, através de normas gerais e abstratas.

29. O foro por prerrogativa de função é a fixação de competência em razão do cargo ocupado pela pessoa. Não se trata de um privilégio, mas de um mecanismo constitucional para se assegurar um julgamento imparcial, livre de pressões ao julgador, bem como por questões maiores de interesse geral, protegendo os detentores de determinados cargos públicos de persecuções indevidas.

30. Como a prerrogativa é da função, quando o cidadão passa a ocupar determinado cargo com previsão do foro por prerrogativa, o processo deve ser deslocado para o novo juízo competente. Igualmente, quando o detentor do cargo público que goza da prerrogativa de função deixa o mesmo, o processo deve ser remetido ao juízo natural de primeira instância, cessando a prerrogativa do foro.

31. Conexão e continência são fatores de modificação de competência, mas estabelecidos de forma geral e abstrata, anteriormente ao delito, não havendo violação do princípio do juiz natural, ao passo que não há margem para escolha do julgador.

32. O Incidente de Deslocamento de Competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais, da forma como previsto (artigo 109, §5º, CF) viola o princípio do juiz natural.

33. O Incidente de Deslocamento de Competência depende de atitude discricionária do Procurador-Geral da República e os critérios a serem considerados pelo Superior Tribunal de Justiça são vagos e indeterminados, permitindo o deslocamento da competência da causa da justiça estadual para a justiça federal sem uma disciplina legal rígida e específica, sem margens para discricionariedades.

34. No julgamento colegiado previsto na Lei 12.694/2012, ao tratar de questões referentes ao crime organizado, prevê tal figura em prestígio à segurança do julgador. O colegiado será fixado dentre os juízes com competência criminal em primeiro grau de jurisdição, por sorteio eletrônico, de acordo com regras estabelecidas pelos Tribunais.

35. Há mitigação em determinados aspectos do princípio do juiz natural, prestigiando, por vontade legislativa, a segurança do julgador, como meio de se assegurar sua imparcialidade, com um julgamento livre de pressões externas.

36. As Câmaras, nos Tribunais, compostas por juízes de primeiro grau convocados não fere o princípio do juiz natural, conquanto sejam observados critérios objetivos, impessoais, com regras preestabelecidas, sem manipulações casuísticas ou convocações seletivas.

37. O princípio do promotor natural visa restringir a possibilidade de substituições e designações realizadas pelo Procurador-Geral por ato discricionário, garantido a acusação por órgão independente e imparcial do Estado.

38. O Supremo Tribunal Federal já se posicional rejeitando a exigência do promotor natural. Todavia, ficando caracterizado o desvio de função na designação de membro do Ministério Público para atuar em determinada causa, tal ato não pode ser validado.

39. O processo de execução penal é autônomo ao processo de conhecimento. Há formação de nova relação jurídica.

40. O processo de execução penal consiste na efetivação do comando contido na sentença criminal condenatória (ou absolutória imprópria) e sua adaptação com as necessidades da execução em concreto. Além do cumprimento da pena, deve propiciar, ao condenado, condições para seu retorno harmônico à sociedade (ressocialização).

41. O Direito da Execução Penal é conceito abrangente e consiste nas normas, garantias, direitos e deveres, durante o processo de execução da pena, seja ela privativa de liberdade ou não.

42. O processo de execução penal tem natureza jurisdicional. O condenado é um titular de direitos e garantias e não mero objeto do processo

43. A existência de atividades administrativas desenvolvidas pelo juiz no curso do processo de execução penal não descaracteriza a natureza do processo como jurisdicional.

44. O princípio da legalidade é aplicável ao processo de execução penal e assegura a impossibilidade de discricionariedade na execução, devendo pautar-se pelas regras contidas no texto legal.

45. O princípio do devido processo legal, igualmente aplicável no processo de execução penal, não se podendo aplicar nenhum castigo ou sanção, sem o seu respeito. Além da sua observância na apuração das sanções disciplinares, deve ser respeitado no julgamento dos pedidos de benefícios realizados durante o processo de execução penal.

46. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, decorrentes do princípio do devido processo legal (não há devido processo sem que haja contraditório e ampla defesa), devem ser respeitados no processo de execução penal, tanto na apuração de faltas disciplinares como nos demais incidentes no curso do processo.

47. O princípio da publicidade é aplicável ao processo de execução penal, restringido-se quando necessário para preservar o preso de atos de sensacionalismo, protegendo-o de exposição inconveniente, bem como para assegurar a segurança e disciplina na unidade prisional.

48. O princípio da humanidade deve ser o vetor de toda execução penal. Há necessidade de um processo de execução penal mais humanizado, despertando novos valores na sociedade. São vedados tratamentos cruéis aos condenados.

49. O princípio da individualização da pena incide no processo de execução penal, devendo o mesmo ser adaptado de forma que se otimize a ressocialização do condenado, levando em conta as características de cada uma para se desenvolver a melhor e mais adequada terapêutica penal. Todavia, as condições atuais do sistema prisional não favorecem o exercício deste princípio no processo de execução penal.

50. O princípio da intranscendência significa que a pena não pode passar da pessoa do condenado e também é chamado de princípio da pessoalidade ou da personalidade.

51. O princípio da duração razoável do processo é um dos mais importantes para o processo de execução penal. Traduz-se no direito a um processo sem dilações indevidas. Muito mais do que garantir que o preso não fique privado de sua liberdade para além do estabelecido no comando judicial constante na sentença, a garantia da duração razoável do processo significa dizer que os benefícios devem ser julgados no exato tempo do preenchimento dos requisitos objetivos (lapsos temporais de cumprimento de pena).

52. O princípio da proporcionalidade é aplicável no processo de execução penal e se transforma em importante ferramenta na interpretação das disposições constantes na legislação de execução penal.

53. O princípio do “numerus clausus”, ou “número fechado”, consiste na organização do sistema para que cada ingresso de novo condenado na unidade prisional represente uma saída, de modo a se evitar a superlotação dos presídios. Tal princípio aponta algumas alternativas para, ao menos, se minimizar a superlotação existente no sistema carcerário.

54. O exame criminológico é uma medida prevista na Lei de Execução Penal e deve ser exigido para a análise dos benefícios em sede de execução penal somente quando as características concretas do caso assim determinarem. Não pode ser exigido indiscriminadamente, tratando-se de uma faculdade do juiz que poderá determina-lo, de modo fundamentado, quando assim entender o caso, inclusive para crimes hediondos consoante Súmula vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal.

55. A transferência internacional de pessoas condenadas consiste na transferência do processo de execução penal. Uma vez cometido o crime e condenado em outro país, o cidadão manifesta seu desejo em ter a pena executada no país de sua nacionalidade ou residência habitual. Mais do que um ato de cooperação entre os Estados, deve ser vista como um direito fundamental

da pessoa humana em ter sua pena executada no seio da sociedade que deseja se reintegrar.

56. A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal para os condenados em regime aberto para que possam ficar em sua residência particular durante a execução da pena. Todavia, tem sido admitida também para condenados em regime fechado e semiaberto quando as circunstâncias do caso concreto assim indicarem, por exemplo, no caso de doença grave com necessidade de tratamento fora do estabelecimento prisional e que não pode ser fornecido pelo Estado.

57. Outra possibilidade de prisão domiciliar indicada pela jurisprudência ocorre quando não há vagas para cumprimento de pena no regime adequado. Nesse sentido, inclusive, a Súmula vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal.

58. A prisão domiciliar como forma de execução da pena não se confunde com a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, a qual tem natureza cautelar e é, na verdade, uma espécie de prisão preventiva.

59. A monitoração eletrônica durante o processo de execução penal se dá nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei (artigo 146 e ss da Lei de Execução Penal).

60. Necessária mudança legislativa para que a monitoração eletrônica seja expandida como instrumento desencarcerizador, funcionando como forma de vigilância pelo Estado, sem, contudo, submeter o condenado às mazelas do cárcere superlotado, minimizando este grave problema do sistema carcerário.

61. A execução penal provisória se dá quando não há trânsito em julgado da condenação. O preso provisório tem direito aos benefícios durante a execução provisória da pena. O processo de execução provisória deve ser regulado pela pena fixada na sentença recorrida, ainda que pendente recurso do Ministério Público para aumentar a reprimenda penal.

62. Haverá execução provisória quando a sentença for confirmada pelo Tribunal, independente da decretação da prisão preventiva, mesmo que na pendência de julgamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário, consoante recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

63. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é uma forma diferenciada de cumprimento de pena no regime fechado, a qual só pode ser determinada quando preenchidos os requisitos legais. A jurisprudência já se posicionou pela constitucionalidade do instituto, a par de divergência na doutrina.

64. A remição como forma de indenização “in natura” para o preso submetido a condições insalubre de cárcere é medida proposta pelo Ministro Luis Roberto Barroso em voto paradigmático ainda em julgamento pela Suprema Corte. Trata-se de solução pautada em uma interpretação com base no direito comparado e visa minimizar os problemas estruturas sofridos pelo sistema carcerário brasileiro, sem onerar, ainda mais, o Estado com condenações pecuniárias. A questão ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

65. A remição pela leitura é uma forma de se estimular a ressocialização do condenado, como desdobramento da remição pelo estudo, e vem sendo regulamentada por varas de execuções criminais.

66. O acréscimo de 1/3 nos dias a remir para a conclusão de curso profissionalizante deve ser deferido para se fomentar o estudo profissional durante o cárcere, o que visa a facilitar a reinserção do condenado no mercado de trabalho, sobretudo em profissões de prestação de serviços, diminuindo a reincidência criminal.

67. Os princípios são mandamentos do sistema, os quais se irradiam para as demais normas. Em execução penal, os princípios são os mandamentos com base nos quais irá se efetivar o comando constante na sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria), de maneira humanizada e visando a ressocialização do condenado.

68. Os diversos princípios constantes na Constituição Federal, por vezes, podem ser divergentes e será necessária a utilização de técnicas hermenêuticas para a solução do conflito instaurado.

69. A técnica da ponderação (também chamada proporcionalidade em sentido estrito) é uma importante ferramenta para a solução dos conflitos entre normas constitucionais. Ela consiste no sopesamento das razões para que se conclua pela solução a ser dada, indicando qual valor deve prevalecer.

70. A dignidade da pessoa humana deve ser a diretriz hermenêutica para solução dos conflitos de normas constitucionais durante o processo de execução penal.

71. A competência é a distribuição da jurisdição entre os órgãos constitucionalmente indicados.

72. A competência no processo de execução penal é determinada para o juízo das execuções penais indicado para o estabelecimento prisional.

73. É necessário que seja o mesmo juízo da execução a decidir as questões referentes aos processos de execução penal daqueles que se encontram na mesma unidade prisional para que não se leve presos em situações iguais a tratamentos jurídicos desiguais.

74. Assim, o “fator de coligamento” para determinação da competência no processo de execução penal é o local do estabelecimento prisional.

75. O princípio do juiz natural tem incidência no processo de execução da pena ante sua natureza jurisdicional.

76. Em observância ao princípio do juiz natural, a competência é preestabelecida como o juízo das execuções criminais do local em que se

encontra a penitenciaria em que o condenado estiver cumprindo pena. Há o juiz predeterminado por lei.

77. O “fator de coligamento” é mutável, pois o estabelecimento prisional pode ser modificado no decorrer da execução da pena.

78. Necessária a edição de lei que regulamente critérios gerais e abstratos, taxativos para determinação da unidade prisional que se iniciará o cumprimento de pena, bem como as hipóteses em que poderá ser realizada a transferência do condenado para outra unidade prisional, modificando a competência. Não se pode admitir que atos dessa magnitude sejam discricionários da Administração Penitenciária. Devem ser atos vinculados aos termos da lei.

79. Ante a impossibilidade da lei em prever todas as hipóteses de transferências, os casos não expressos deverão ser decididos pelo juízo da execução penal, obedecido o devido processo, com contraditório e ampla defesa.

80. Os mutirões carcerários são práticas que visam dar efetividade ao direito fundamental da duração razoável do processo, havendo mitigação do princípio do juiz natural, ante o conflito de normas constitucionais estabelecido. O Superior Tribunal de Justiça entendeu pela legalidade da prática.

81. A Súmula 192 do STJ privilegia a competência em execução penal para o juízo responsável pelo estabelecimento prisional, ao estabelecer que, mesmo nas condenações advinda da justiça federal, o juízo competente para a execução penal será o estadual, se ele for o responsável pelo estabelecimento prisional.

82. Os Departamentos Estaduais de Execução Penal tem por objetivo otimizar o processo de execução penal, conferindo celeridade em um ambiente exclusivamente digital.

83. A forma de indicação dos juízes que irão compor o Departamento privilegia o histórico profissional, assemelhando-se a uma promoção por merecimento.

84. Para que não se dê margem a discricionariedades, necessário que seja regulamentado, de forma objetiva, abstrata e geral, o modo de escolha dos juízes que irão compor o Departamento.

BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*, São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Em busca do devido processo na execução penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 81, nov-dez. 2009.

ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, London, Penguin Classics, 2006.

AVENA, Norberto. *Execução Penal: Esquematizado*, 3ª ed., São Paulo: Editora Método, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____ *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman. O princípio do Juiz Natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função, in *Direitos Humanos e Democracia*, coordenado por Clèverson Merlin Clève, Ingor Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILHO, Henrique. Transferência Internacional de Presos: Medida de Cooperação entre Estados ou Direito Fundamental do Sentenciado? In *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional,* org. André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp. 189-203.

_____. SILVEIRA, André Bueno da. Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário, in *Temas Atuais do Ministério Público Federal*, org. VITORELLI, Edilson, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 1047-1065.

COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

COIMBRA, Mário. PRADO, Luiz Regis. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Direito de Execução Penal*, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais e o Juiz Natural no Processo Penal: apontamentos sobre a EC/45*, in Revista de Estudos Criminais 20 – doutrina nacional, out-dez. 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A garantia constitucional do Juiz Natural e a modificação de competência, in *PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*, Coord. Humberto Theodoro Junior, Petrônio Calmon, Dierle Nunes, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Execução Penal: aspectos jurídicos*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, nº7, jan-abril. 1999.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. Fascículos de Ciências Penais, trimestral, ano 4, v.4, n.3, jul.-ago.-set., 1991.

FRANCO, Alberto Silva. *Um exemplo gritante de retrocesso*. Boletim do IBCCRIM, ano 22, nº 255, fevereiro/2014, pp.2-3.

GERTNER, Nancy, *Undoing the damage of mass incarceration*, in https://www.bostonglobe.com/opinion em 04/11/2015.

GOULART, José Eduardo. PIRES NETO, Antonio Luiz. *Execução Penal – visão do TACrimSP*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989.

_____. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). *Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984*) – Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

_____. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. FERNADES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. FERNANDES, Antonio Scarance. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. Fascículos de Ciências Penais, trimestral, ano 4, v.4, n.3, jul.-ago.-set., 1991.

HAMMERSCHMIDT, Denise. PRADO, Luiz Regis. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 2ª ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNADES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. *A exigência de jurisdicionalização da execução*. Fascículos de Ciências Penais, trimestral, ano 4, v.4, n.3, jul.-ago.-set., 1991

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. PRADO, Luiz Regis. HAMMERSCHMIDT, Denise. COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal Anotada*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de execução penal,* 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCON, Adelino. *O Princípio do Juiz Natural no processo penal*, Curitiba: Juruá, 2011.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª ed, São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MORAIS, Paulo José Iasz de. *Monitoramento eletrônico de preso*, São Paulo: IOB, 2012.

NICOLITT, André. *Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural*, Boletim IBCCRIM, ano 20, nº 240, novembro/2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 27ª ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de Direito Penal*, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Adeildo. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 16ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 76, vol. 623, set. 1987.

PIRES NETO, Antonio Luiz. GOULART, José Eduardo. *Execução Penal – visão do TACrimSP*, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998.

PRADO, Luiz Regis. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus.* Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 15, São Paulo, janeiro/abril 2014.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 3ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In: Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2006.

SILVEIRA, André Bueno da; CASTILHO, Henrique. Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário, in *Temas Atuais do Ministério Público Federal*, org. VITORELLI, Edilson, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 1047-1065.

SOUZA, Arthur César. O Princípio do Juiz Natural e os critérios objetivos de convocação de juízes para atuar nos Tribunais, in *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, ano 37, v. 212, outubro/2012.

SWENSSON, Walter. A competência do Juízo da Execução. In LAGRASSA NETO, Caetano. NALINI, José Renato. DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Execução Penal – visão do TACRIM-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WALSH, Collen. *From prison to poverty: Released inmates return to a host of social ils, which often undermine them*, in http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/02/from-prison-to-poverty/ em 24/02/2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.