

EXECUÇÃO PENAL E MINISTÉRIO PÚBLICO *

VICTOR CORRÊA DE OLIVEIRA
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Noções introdutórias; 2. Novas questões da execução penal; 3. Natureza jurídica da execução penal; 4. O processo de execução penal; 5. Do Ministério Público; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A execução penal está regulada por meio de dois diplomas legais: a Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210, de 11/7/1984 — e o Código de Processo Penal, mais especificamente, em seu Livro IV.

A execução penal é a fase final da *persecutio criminis*, quando se concretizará o *jus puniendi* do Estado. É através dela que se efetiva a sentença criminal condenatória — o título executivo judicial —, é aplicada a medida de segurança e resolvem-se todos os incidentes a ela ligados.

A Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210/84 — deu à execução penal uma autonomia e legislação próprias, de há muito desejadas. Com ela se estabeleceu a nítida e almejada divisão entre o processo penal de conhecimento e o processo penal de execução. O primeiro busca a reconstrução do fato delituoso para a conseqüente aplicação da lei penal, e o segundo objetiva a própria aplicação da lei com o fim de prevenir e reeducar.

Tal lei introduziu no procedimento executório importantes princípios, quais sejam:

1º) *Da legalidade* — art. 2º e 3º: segundo a exposição de motivos da lei, item 19, “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 Direto Penal”.

2º) *Da isonomia* — art. 3º, parágrafo único: eliminação de toda e qualquer discriminação, desigualdade ou distinção entre os condenados.

3º) *Personalização da pena* — arts. 5º e seguintes: classificação dos condenados, com vistas a um tratamento reeducativo, com base nos antecedentes e personalidade, impedindo-se o tratamento padronizado e massificante.

4º) *Da jurisdicionalidade* — arts. 1º e 2º: introduz-se a natureza judicial da execução, evitando-se um cunho puramente administrativo, instituindo um juízo próprio e especializado (arts. 65, 147 e 195).

5º) *Da participação social* — art. 4º: é dada a possibilidade ao estado de buscar a cooperação da comunidade, instituindo a responsabilidade e participação de seus integrantes.

6º) *Da reeducação* — art. 1º, segunda parte: sem questionar a finalidade da pena (cf. exposição de motivos), introduz um caráter claramente reeducativo, com o fim de preparar o condenado para sua reincorporação à comunidade.

7º) *Da humanização da pena* — arts. 38 a 43: sujeita-se o condenado a direitos e deveres, preservando os que naturalmente tem como cidadão, os quais devem ser respeitados.

8º) *Do contraditório*: consiste na igualdade das partes dentro do processo, dando-se ciência às mesmas — condenado e Ministério Público — dos atos praticados.

9º) *Do duplo grau de jurisdição* — art. 197: todas as decisões tomadas pelo magistrado estão sujeitas a revisão, em grau superior, por via de recurso.

10º) *Do devido processo legal*: *nulla poena sine processu* — art. 2º: garante-se a execução da pena por meio único do devido processo legal, através das normas próprias determinadas nessa lei de execuções.

Como pressupostos da execução podemos definir os seguintes:

a) *título executivo* — somente as sentenças condenatórias penais são passíveis de execução, após o trânsito em julgado e expedida a “guia de recolhimento” (LEP, art. 105);

b) *capacidade de sujeição* — é a possibilidade de ser o indivíduo submetido à aplicação da pena, ou seja, não sendo inimputável ou insolvente;

c) *estar o condenado preso* — nas penas privativas de liberdade é preciso que esteja preso e condenado ou venha sê-lo para a expedição da guia de recolhimento.

* Aprovada por maioria

O notável mestre Magalhães Noronha entendia que a sentença definitiva também seria um pressuposto, mas expressiva corrente o contrária entendendo que o título executivo, a guia de recolhimento, implica necessariamente na existência dessa sentença, resumindo os dois pressupostos - título executivo e sentença - em um só.

A Lei de Execução Penal regulou assuntos diferentes, porém, totalmente interdependentes: a execução da pena e da medida de segurança e seus incidentes; competência e atribuição dos órgãos criados e regulamentação dos estabelecimentos prisionais (NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 426).

Ela não afastou o Código de Processo Penal, pelo contrário, em seu artigo 2º o manteve subsidiariamente, e, segundo o art. 204, só deixa de ser aplicado naquilo em que for disposição em contrário. Da mesma forma, o Direito Penal, que tem disposições executórias, tais como os estágios de cumprimento e os respectivos regimes prisionais, as hipóteses de concessão de livramento condicional, *sursis*, etc..

A atividade judicial da execução é posta em prática através de um processo autônomo, conforme pensamento a ser desenvolvido no desenrolar deste trabalho, mais adiante, em um juízo penal próprio e especializado (art. 194 da lei), que se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória e a extração da carta de guia, ou guia de recolhimento, certidão da sentença de multa ou guia de execução de medida de segurança.

Assim, a partir do momento em que se opera o trânsito em julgado da sentença, ou mesmo que esteja pendente de recurso extraordinário, terá início com o recebimento, por um juízo especializado competente, da carta de guia ou de recolhimento (arts. 105 e 107), na pena privativa de liberdade ou medida de segurança, e o mandado executório nas penas restritivas de direitos e multa (arts. 147 e 164).

O procedimento executório foi firmado na lei, de forma bastante simples, em seus arts. 195 e 196, devendo rigorosamente ser desenvolvido perante um juízo especializado, o juízo da execução, que é o competente para dar cumprimento ao título executivo e dirimir as questões surgidas no seu transcurso; nas Comarcas onde existam Vara única, os juízos de conhecimento e de execução se confundem em um só, tornando, assim, competente à execução o juiz sentenciante.

Terá início por portaria desse juízo, o da execução, exclusivamente, por petição do Ministério Público ou do interessado, o condenado, ou de quem o represente, cônjuge, parente ou descendente, podendo, igualmente, ser por proposta do Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa. Com relação ao ofendido, seu interesse termina com a sentença condenatória, de onde se conclui que não possui legitimidade ativa no processo de execução, uma vez que a obrigação de repressão à criminalidade é do Estado, privativamente. O assistente, que atua em nome do ofendido, é admitido no juízo criminal em razão de que a decisão penal condenatória poderá lhe auxiliar no juízo civil, com vistas à reparação do dano; ou, então, no juízo trabalhista, como justificativa a despedida de empregado. Assim sendo, o interesse do ofendido está circunscrito à obtenção do título

judicial de pleitear a indenização que entender fazer jus ou justificar a despedida, esgotando-se com a sentença de conhecimento, que gera, se condenatória, o título executivo, não sendo possível sua participação, pois que ilegítima, no processo executório, que inclusive lhe desconhece a intervenção.

Os órgãos da execução penal, previstos e normatizados na Lei de Execução Penal, em seu Título III, e seus artigos 61 e seguintes, são:

1º) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

2º) Juízo da Execução;

3º) Ministério Público;

4º) Conselho Penitenciário;

5º) Departamentos Penitenciários;

6º) Patronato;

7º) Conselho da Comunidade.

Por fim, dentro deste tópico inicial, há que se definir condenado, que é aquele indivíduo sobre o qual recai uma condenação de natureza criminal, sendo o termo empregado pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 5º, para referir-se ao indivíduo que, por ter sofrido uma sanção penal, vai ser submetido à execução de uma pena (NORONHA, Magalhães, ob. cit., p. 431).

2 NOVAS QUESTÕES DA EXECUÇÃO PENAL

A crise da execução penal não é novidade, mas algo muito antigo, até mesmo cíclico, principalmente no que tange às penas privativas da liberdade, pois que é sensível aos meios de informação e comunicação social.

Ela se manifesta quando há um acirramento das violações do patrimônio e dos direitos individuais, acentuando-se com a liberdade de informar e no confronto entre o direito público e os direitos privados e individuais. Manifesta-se, ainda, de forma clara, na falta de mecanismos jurídicos e materiais que permitem executar a pena em sua plenitude.

Basicamente, não é uma crise orgânica das instituições, mas uma crise moral, posto que é fenômeno de anomia, indiferença, descrédito e insensibilidade com os institutos jurídicos, econômicos, enfim, do Estado, que geram um sentimento de ineficácia pré-anárquica. À falta de valores que orientem a conduta do homem, ele pode cair em um estado de pânico e, conseqüentemente, ser diluído pela multidão, como já ressaltava

Freud. Não obstante, essa crise não pode ser imputada às instituições jurídicas e nem ser considerada sem reversão. Devemos ver na lei, na doutrina e na jurisprudência, esse equipamento de segurança que nos leva a refletir sobre a garantia e a sobrevivência das instituições; se o reafirmamos, teremos a satisfação de todos os anseios de reorganização da sociedade e não pelos caminhos de origem meramente políticos que levam a propostas do tipo "pena de morte", que nada mais são que uma resposta a esse comportamento, de um lado anômico, e de outro agressivo.

A crise da execução penal surge de um hiato entre o sentido programático da lei e a sua aplicação prática. Segundo o pensador francês Garroux (*apud* DOTTI, René Ariel. *Código de Processo Penal*, 1987, p. 567), não basta a perfeição do sistema de tripartição dos Poderes, se não houver condições para o cumprimento da lei; assim também na execução penal. Dessa forma, o Estado deve garantir o exato cumprimento da pena.

No estado de direito, o crime tem raízes numa variada gama de razões, sendo um fenômeno de composição complexa; nele, o crime se combate com a lei e uma frente ampla jurídica e extrajudicial. Nos Estados totalitários, com a lei, que muitas vezes é a consagração do arbítrio e autoritarismo.

No estado de direito, essa frente ampla, jurídica e extrajudicial, poderíamos situá-la em duas instâncias: uma formal, onde teríamos a cadeia, a doutrina, etc., e outra material, onde estaria a família, a sociedade, as instituições representativas do grupo social, etc..

Um dos pontos cruciais no sistema penal reside na falta da dignidade da fiança, nos moldes em que atualmente se encontra, gerando o descrédito popular. Outro ponto está na falta das condições materiais das instituições jurídicas, como a falta de promotores e juízes, até a falta de recursos técnicos, tais como equipamentos do tipo máquinas de escrever modernas, telex, telefones, etc..

A falta de recursos gera a falta de estabelecimentos penais próprios para o cumprimento de cada tipo de pena; assim, não temos presídios suficientes, casa de albergado, etc.. Disso muitas vezes resulta a impunibilidade, posto que, por exemplo, na falta de casa de albergado criou-se a alternativa da prisão albergue domiciliar, sem o mínimo controle por parte do Estado. Em virtude dessa falta de condições, o sistema de progressão prisional não é seguido à risca, e se colocam nas ruas pessoas despreparadas e que geram no seio da sociedade esse sentimento de impunidade. Porém, há que se destacar as palavras de René Ariel Dotti sobre a questão: "Se os problemas da má execução ainda persistem (por carências humanas ou materiais), não se pode negar que um grande passo foi dado para positivar não apenas os princípios e as regras de um regular processo de execução, como também as fórmulas e os mecanismos para tornar efetiva as garantias de regularidade" (ob. cit., p. 565).

Uma evolução que estamos conhecendo no momento atual é, para alguns casos, a substituição das penas restritivas de liberdade pelas de direito, ou seja, por exemplo, o

trabalho em favor da sociedade, com larga aplicação nos crimes de trânsito, que apesar de há muito previsto no direito penal só agora começa a ser utilizado como um real estabelecimento do *jus puniendi*. O sistema de benefícios do tipo livramento condicional, que na realidade não tem natureza de benefício, mas sim de cumprimento de pena, via de regra sucumbem nos cartórios pela falta de quadros de funcionários que permitem o controle, contrariamente às penas restritivas de direito, que a própria sociedade se encarrega de controlar.

Como dito acima, esse chamado "sistema de benefícios" está impropriamente denominado, posto que, na realidade, não se trata de "benefícios", mas pura e tão-somente de formas de cumprimento de pena, devendo necessariamente seus mecanismos estarem submetidos a um controle jurisdicional efetivo. Para tanto, não se pode admitir que a atuação do juiz termine com a sentença condenatória. A judicialização da pena, não mais como uma questão meramente administrativa, deve ser plena e submetida aos Poderes Judiciário e Executivo e ao poder intermediário e fiscalizador representado pelo Ministério Público, que age em nome do Estado, entidade maior representativa dos interesses e anseios da sociedade. Dessa maneira, claro fica o caráter misto da execução penal, fruto do trabalho e do envolvimento do Executivo, Legislativo, Judiciário e da sociedade.

3 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Leciona Ada Pellegrini Grinover que, "na verdade, 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" (Natureza jurídica da execução penal. *In: Execução penal*. Vários autores, 1987, p. 7).

De fato, no dizer de René Dotti, a execução da pena é "um *mixtum compositum* para o qual concorrem diversos órgãos e pessoas" (A lei de execução penal. Perspectivas fundamentais. RT 598/280), não se desenvolvendo apenas no campo jurisdicional e administrativo, porém, também, no social.

Se há uma parte da atividade da execução que diz respeito unicamente a providências administrativas que visam especificamente a pôr em prática, sob o aspecto material, a finalidade última da sentença condenatória que é a pena, paralelamente é desenvolvida a fértil atividade judicial da execução, ou do juízo da execução (CUNHA, Renan Severo Teixeira da. O Ministério Público na execução penal. *In: Curso sobre a reforma penal*, 1985, p. 186).

A própria exposição de motivos do projeto que se tomou na Lei de Execução Penal afirma: "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 Processual Penal".

Assim é que a natureza jurídica da execução penal é jurisdicional sob o aspecto de que só pode ser exercida por meio do poder de conhecer, julgar e executar a sentença que tem o Poder Judiciário, e é de natureza administrativa sob o aspecto que tem a execução da pena, formalizando-a em seu fim, sendo essencialmente administrativo.

Portanto, indubitavelmente, a natureza jurídica da execução penal é de caráter misto, por envolver diferentes ramos de atividade jurídica: o jurisdicional e o administrativo.

Quanto à atividade jurisdicional, cabe, ainda, ressaltar que está vinculada ao *direito penal substancial* pelo direito subjetivo que tem o Estado de punir, e vinculada ao direito processual em razão da sanção, que corporifica essa pretensão estatal de punir, guardar estreita relação com o título executivo que sofrerá os atos procedimentais do processo de execução.

4 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

De acordo com respeitável corrente doutrinária, a execução penal não poderia ser considerada uma ação executiva penal autônoma, mas pura e tão-somente integrante do processo penal condenatório, sendo sua fase final imprescindível ao que o processo penal se propõe, ou seja, uma parte, não menos necessária do que as anteriores, da ação penal.

Júlio Fabbrini Mirabete, concluindo raciocínio sobre o tema, afirma que "Deve-se utilizar, portanto, a expressão 'processo de execução' para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal" (*Execução penal — Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/84*, 2. ed., 1988, p. 48).

De outro lado, temos não menos sólida e respeitável corrente de pensamento, que se contrapõe, e à qual me associo. O mestre dos mestres de Direito Penal e Processual Penal, Magalhães Noronha, define que "A execução penal é um processo autônomo, um novo juízo penal (cf. artigo 194 da LEP) cuja competência cabe a um juízo especializado (cf. arts. 65, 147 e 195 da LEP)". (*Curso de direito processual penal*, 1990, p. 426.)

O art. 2º da Lei de Execução Penal determina que a jurisdição, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal, será exercida no "processo de execução"

Ora, é dogma do Direito que a lei não emprega palavras em excesso ou inúteis, cabendo aos seus aplicadores a exegese de seu texto. Portanto, qualquer palavra ou locução empregada na lei tem específica finalidade, e a partir daí deve-se buscar sua compreensão.

Assim sendo, o legislador, ao empregar a locução "processo de execução", não buscava referir-se apenas a um apêndice do processo penal de conhecimento, mas a um procedimento próprio, com normas próprias, que dessa lei em diante passaria a ser autônomo, buscando, por meio da atividade jurisdicional desenvolvida pelos órgãos judiciários especializados, dar atuação e materialidade à sanção a ser posta em prática pelos órgãos administrativos.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal deixa bastante claro tal objetivo ao esclarecer em seu item 15 o seguinte:

"À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2º, se estabelece que a 'jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal'".

Portanto, se o legislador ao elaborar a lei o fez por reconhecer que "A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal", ou seja, desvinculando-o do Processo Penal, dando-lhe um juízo próprio e especializado, regulado por um procedimento específico, extraíndo-o dos regulamentos da norma processual vigente, outro não pode ser o entendimento com relação à expressão legal do art. 2º da LEP o "processo de execução" referir-se a uma autônoma ação executiva penal que "visa a uma prestação jurisdicional que consiste em tomar efetiva a sanção, mediante a prática de atos próprios da execução forçada" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 1990, p. 279).

Cabe aqui ressaltar que no entender da doutrina somente as sentenças condenatórias — que aplicam a sanção ao réu (o caso lógico e natural das sentenças penais condenatórias), atribuindo ao autor um título executivo —, são, portanto, capazes de conduzir à 'execução' em sentido técnico (ob. cit. acima, p. 279).

Assim é que, tecnicamente, ao se estabelecer a nítida distinção entre processo de conhecimento e processo de execução, onde no primeiro se vai dos fatos ao direito (*narra mihi factum dabo tibi ius*), enquanto que no segundo se vai do direito (declarado pela sentença) aos fatos (modificados pela atividade executiva para cingir-se ao direito), compreender o procedimento executivo penal como singela parte final do processo penal é querer unir pólos contrários apenas porque têm origem em um mesmo corpo.

Sob o aspecto do direito processual — entendido como aquele através do qual o Estado executa suas próprias decisões, invadindo o patrimônio do devedor inadimplente e retirando daí o que baste para a satisfação do credor, ou impondo restrições ao *jus libertatis* do criminoso, para submetê-lo a uma pena corporal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 1987, p. 57) —, importa a execução

forçada à formação de uma relação processual própria e autônoma perante a do processo de conhecimento, ainda quando seu objetivo seja o cumprimento coativo de uma sentença condenatória, conforme sói acontecer no processo penal, como irei demonstrar.

Primeiramente, para que o Estado possa realizar o *jus puniendi*, não basta que tenha exercitado o *jus perseguendi*, conforme já discutido, só podendo fazê-lo através do procedimento de execução próprio, que, pelo advento da Lei de Execução Penal, tem natureza judicial, além de administrativa. Dessa forma, conforme apregoa Magalhães Noronha (*Curso de direito processual penal*, 1990, p. 3), tem obrigatoriamente de obedecer ao princípio: *Nulla poena sine iudicio*. Isto é, não é suficiente que, para se atingir o fim colimado da aplicação da pena, tenha sido exercido o direito de ação pelo devido processo penal legal; para que o Estado aplique a sanção, exercendo o direito de punir, é imprescindível que o faça por meio de devido processo legal de execução, regulado com normas personificadas, não mais como puro corolário do processo penal.

Portanto, para respeitar tal princípio e não feri-lo, demonstrado está que o processo de execução tem que ser tratado e reconhecido como uma relação processual própria e autônoma, nulo se tomando o procedimento de execução que não obedecer suas normas específicas e que o regem, tornando-o processualmente independente do processo penal de conhecimento.

Por fim, tal princípio está consagrado e garantido como direito individual na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Isso significa que, diante do determinado pelo artigo 2º da Lei de Execução Penal, ilegal será a constrição da liberdade sem o devido processo legal de execução; Assim também, se o procedimento aplicado não respeitar as disposições dessa lei, que lhe dá forma própria, será ilegal. Desta forma, podemos dizer que, constitucionalmente, é reconhecido como processo autônomo, de procedimento independente, e imprescindível para a aplicação da sanção pelo Estado, ou seja:

"A lei penal não pode ser aplicada senão seguindo-se as formas processuais estabelecidas na lei, ou em outras palavras: o direito penal material não pode ser realizado senão pela via do direito processual penal, de sorte que ninguém pode ser punido senão mediante um juízo regular e legal. O Estado pode exercer seu direito à repressão somente pela forma processual e perante os órgãos jurisdicionais estabelecidos na lei" (FLORIAN, Eugênio. Elementos de derecho procesal penal, p. 17, apud MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*, 1991, p. 27-28).

Ensina Mirabete que, "No processo de execução, evidentemente, vigem as garantias concedidas a todo processo penal, entre os quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição, etc. (nesses sentidos: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Execução penal. RT 623/279)". (*Execução penal* — Comentários à Lei n. 7.210/84, p. 49.)

Vale dizer, então, que, sob a égide do direito adjetivo, o processo penal está sujeito aos mesmos atos processuais típicos do processo penal e norteados, também, conforme abordado no início, pelos princípios característicos do processo penal moderno, bem como pelos princípios gerais do direito, apenas sendo que a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam, pelo contrário, demonstram sua especialidade e autonomia com relação ao processo de conhecimento, e, à semelhança do que ocorre no cível, os atos são escritos e, após o impulso inicial, sucedem-se sob a coordenação e direção do juiz.

Fernando da Costa Tourinho Filho orienta que o processo instaura-se com a provocação do autor — aquele que pede a tutela jurisdicional. Quer dizer, o processo inicia-se com o exercício do direito de ação. Proposta a ação, em que se deduz a pretensão, o Estado, através do juiz, vai desenvolver intensa atividade para saber qual dos dois tem razão — se aquele que pediu a tutela jurisdicional ou aquele contra quem se pediu a mesma. O juiz analisa o pedido, ouve a parte contrária, recebe e recolhe as provas produzidas, determina as diligências, visando ao esclarecimento da verdade e, afinal, declara qual dos dois tem razão. Isto é processo. E é exatamente como sucede com o processo de execução penal.

O Estado-Administração, de posse do título executivo penal, declarado por via do processo de conhecimento, no intuito de garantir a fiel observância da lei, recorre ao Estado-Juiz para fazer valer sua pretensão punitiva, estabelecendo a relação processual angular, onde nos extremos do ângulo se antagonizam o Estado-Administração e o condenado, e no vértice se encontra o Estado-Juiz: "o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência da pena" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 1980, v. 1, p. 8).

Determina o art. 195, da Lei de Execução Penal, que o procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa; e o art. 196 dispõe que a portaria ou petição será autuada ouvindo-se em três dias o condenado e o Ministério Público, quando não forem os requerentes.

Dessa forma, clara foi a lei ao estabelecer formalmente quem são as pessoas que podem estabelecer a relação processual executiva, dando o impulso inicial e provocando a prestação jurisdicional, observando-se aqui não estar excluído o ofendido, e, conseqüentemente, o assistente de acusação, que não possui legitimidade para tanto, uma vez que seu interesse se exaure na declaração que imputa o fato delituoso ao réu.

No entanto, os abalizados combatentes da tese aqui esposada argumentam que, ao poder o juiz agir de ofício, elimina-se a provocação judicial pelos interessados na composição da lide, afastando o caráter do processo de execução como ação autônoma de execução.

Porém, nos ensina Júlio Mirabete (ob. cit., p. 271), notável expoente dessa corrente, que “A sentença penal condenatória transitada em julgado constitui-se no título executivo necessário e imprescindível ao processo de execução penal. Como instrumento desse título executivo instituiu-se na lei anteriormente denominada ‘carta de guia’ (arts. 674 e seg. do CPP), agora chamada na Lei de Execução Penal como “guia de recolhimento” para a execução (art. 105 da LEP). Essa denominação provém do fato de que é ela o guia para os executores da sentença condenatória.” Mais adiante completa: “Quem determina a expedição da guia de recolhimento é o juiz da sentença depois que transitar em julgado a decisão, pois antes disso não se aperfeiçoou o título executivo” remetendo-a ao juiz encarregado da execução.

Assim, o juiz sentenciante, já tendo encerrado sua jurisdição, ao expedir a guia de recolhimento o faz em nome do Estado-Administração e não mais como Estado-Juiz, enviando o título executivo ao juiz da execução, que agora passa a representar o Estado-Juiz. Portanto, quando este, nos termos do citado art. 195, inicia o procedimento judicial por portaria (art. 196 da LEP), não o faz por iniciativa própria, mas provocado pelo Estado-Administração, na pessoa do juiz sentenciante.

A expressão “de ofício” empregada no art. 195 da LEP deve ser entendida como dando poderes ao magistrado da execução, frente ao título executivo, de iniciar o procedimento, instaurando o processo executivo, sem ouvir ninguém, nem mesmo o Ministério Público; o que só o fará num segundo momento, o do art. 196, quando já instalado o contraditório.

Com isso demonstra-se que a expressão “de ofício”, empregada no art. 195 da LEP, ao invés de afastar o caráter processual autônomo do processo de execução penal, o *reafirma*, pois que, da mesma forma que o processo penal de conhecimento, ele também evidencia a dualidade das posições do Estado na busca da imposição da sanção, ora como mediador do conflito de interesses, ora como titular do interesse maior da sociedade.

Apenas para fechar este ponto, deixando bem claro o acima afirmado, mais uma vez socorro-me das próprias palavras do mestre Mirabete, mesmo que estas contrariem seu pensamento, exemplificando o aqui abordado:

“Expedida a guia de recolhimento e recebida esta pela autoridade administrativa competente, procede-se aos atos relativos à execução da pena. Por isso, embora não se disponha expressamente na lei de execução, uma cópia do instrumento deve ser remetida ao juízo competente, indicado na lei local de organização judiciária (art. 65 da LEP) no caso de não estar afeta a execução ao próprio juiz da sentença. Tal providência é indispensável, pois é a partir do recebimento da guia de recolhimento pelo juiz que se estabelecem ‘de fato’ as condições materiais para que se possa exercer na prática a competência do magistrado para a execução da pena, tanto no que se refere aos atos jurisdicionais quanto aos

atos administrativos incluídos entre as suas atribuições pelo artigo 66 da LEP. Entretanto, passada em julgado a sentença condenatória, que traz consigo a presunção de legalidade e justiça, não cabe ao juiz do processo, diante da imutabilidade da coisa julgada, alterar a decisão nem manifestar-se sobre a execução. Isto lhe é vedado ainda que não se tenha expedida a guia de recolhimento. Este documento é apenas o ‘instrumento’ do título executivo constituído pela sentença. Sua expedição não pode se constituir no requisito que firma a competência do Juízo” (ob. cit., p. 273).

Com relação à pena de multa, o processo de execução tem seu procedimento regulado pelo art. 164 da LEP, que terá início após o trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo da mesma ser extraída certidão, que valerá como título executivo judicial, e o Ministério Público, único legitimado a fazê-lo, requererá, em autos apartados, a citação do condenado para o pagamento no prazo de dez dias ou nomear bens à penhora. Decorrido o prazo sem o respectivo pagamento ou nomeação de bens, serão penhorados tantos quantos bastem a garantir a satisfação do Estado credor. Tanto esses atos quantos os seguintes obedecerão o disposto na lei processual civil.

Com isso evidencia-se em definitivo o caráter de ação autônoma do processo executivo, pois que não há como se admitir que apenas em função da natureza da obrigação-sanção a ser cumprida em cada título executivo — pena de multa ou privativa de liberdade — modifique-se tão profundamente a sua espécie. Portanto, o art. 164 da LEP é a confirmação de que o processo executivo penal não é apenas um apêndice do processo penal de conhecimento, mas uma verdadeira ação autônoma de execução.

Outro argumento empregado contra a tese aqui defendida é o de que a execução penal é sempre forçada. Este raciocínio é facilmente rechaçável pela análise do art. 195, e como corolário o art. 106, ambos da LEP, que determina que o procedimento judicial poderá ser iniciado, também, pelo interessado ou por quem o represente, como o cônjuge, parente ou descendente.

Isso significa que o processo de execução pode ser iniciado por provocação da parte passiva, o executado. O caráter coercitivo que tem o título executivo não representa que só possa ser saldada a obrigação por via forçada e não voluntária e espontânea.

Derradeiro argumento contrário é o de que, para o início da execução penal, não se exige nova citação, podendo a pena ou medida de segurança ser executada assim que a sentença condenatória transita em julgado, nem se concedendo ao condenado prazo para a defesa ou contestação (MIRABETE, ob. cit., p. 48).

Bem, já de início, em relação à pena de multa, falece tal questionamento posto que o analisado artigo 164 dispõe sobre a necessidade da citação do condenado.

Quanto à pena privativa de liberdade, resolve-se de maneira singular. Segundo José Frederico Marques, citação é “ato processual com que se dá conhecimento ao réu da

acusação contra ele intentada a fim de que possa defender-se e vir integrar a relação processual" (*Elementos de direito processual penal*, 1961, v. 2, p. 11). Em suma, é chamamento do réu ao processo para que venha compor a lide, realizado por meio e um ato oficial, sendo um pressuposto da ação.

Dispõe o art. 105 da Lei de Execução Penal que o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução "se o réu estiver ou vier a ser preso". Assim, para a expedição da guia de recolhimento não basta o trânsito em julgado da sentença condenatória, só podendo ser expedida se o réu estiver preso provisoriamente ou se for cumprido o mandado de prisão.

No segundo caso, o réu solto, o cumprimento do mandado de prisão traz o réu ao processo para integrar a relação processual executiva, recebendo a ciência da execução e seus termos por via da guia de recolhimento, estando, portanto, citado.

No primeiro caso, já se encontrando preso provisoriamente o condenado, a citação e a ciência se darão diretamente pela guia de recolhimento (art. 107 da LEP).

Integrado à lide, o procedimento prosseguirá nos termos do disposto no art. 196 da LEP, ouvindo-se o condenado e o Ministério Público em três dias, produzindo-se provas, se necessário, pericial ou oral, decidindo o magistrado logo após, ou em audiência designada, cabendo recurso da decisão (art. 197 da LEP).

Portanto, ao contrário do que entende a corrente oposta ao pensamento aqui desenvolvido, a citação no processo de execução penal existe e é pressuposto fundamental para composição da relação processual, e se dá com o chamamento do condenado ao processo por via de sua prisão, se livre estiver, ou da ciência da guia de recolhimento, se preso se encontrar.

No que concerne à falta de prazo para a defesa e contestação, é da mesma forma argumento improcedente, uma vez que o exaustivamente abordado art. 196 da LEP determina que o condenado será ouvido no prazo de três dias após autuada a portaria ou petição que inicia o processo executório.

De outro lado, também conforme já abordado, é princípio que orienta o processo de execução, o contraditório, que consiste na igualdade das partes dentro do processo (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*, 1990, p. 7).

Entretanto, é fundamental se ressaltar que o processo de execução não admite, por sua natureza, defesa ou contestação, pois que o título executivo traz em si a certeza e a liquidez, sendo defesa tal discussão, que é matéria de processo de conhecimento. No caso, é permitido, ao se ouvir o condenado ou o Ministério Público, ou em qualquer fase do procedimento ou cumprimento da obrigação, com o surgimento de algum incidente, excesso ou desvio, a oposição de defeito no título executivo, cumprimento já realizado no todo ou em parte, prescrição, etc..

Concluindo esta parte deste trabalho, o processo de execução é um procedimento autônomo, desvinculado do processo penal de conhecimento, com atos concatenados determinados por norma própria, a Lei de Execução Penal, e que tem por objeto efetivar as disposições da sentença condenatória — o título executivo judicial penal — e proporcionar ao condenado condições harmônicas de integração social, através da realização material da pretensão punitiva do Estado, tomada efetiva pela prestação jurisdicional.

5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal define o Ministério Público, em seu art. 127, como a "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", isto é, na sociedade contemporânea, o Ministério Público é a Instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., p. 186).

O Estado social de direito tem como característica fundamental a proteção ao hipossuficiente, ou fraco, que tem como origem de sua condição os mais variados vetores sociais, tais como a idade, desenvolvimento mental e intelectual, grau de experiência de vida, situação econômica, capacidade de ação ou compreensão, etc., e proteção aos direitos e interesses que atingem todo o grupo social, buscando-lhe a preservação — conseqüentemente acima da esfera individual, e, portanto, dificilmente resguardado por mero impulso individual — por falta de amparo do próprio grupo ou por impossibilidade de enfrentar interesses de parcelas do grupo que se contrapõem ao interesse maior da sociedade.

Assim é que o Estado moderno, atual e democrático, "assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna — e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos" (ob. cit., p. 186, *in fine*).

Dentro desta doutrina de atuação, hoje erigida em nosso ordenamento jurídico à condição de obrigação e prerrogativa constitucional, os integrantes do *Parquet* atuam nesse sentido quando são os titulares, em nome do Estado, da *persecutio criminis*, postulando em juízo a pretensão punitiva dele e buscando a repressão ao crime, que macula os valores fundamentais de preservação da sociedade como um todo, e não apenas do indivíduo ofendido, ou quando no cível buscam a preservação de determinadas instituições, como os registros públicos, fundações, família, assim como de bens e valores difusos: meio-ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, ou, ainda, de pessoas determinadas: consumidores, ausentes, incapazes, acidentados do trabalho, etc..

Da mesma forma, está inserida dentro dos interesses maiores da sociedade a repressão à transgressão às normas que visam perenizar os valores fundamentais da sociedade, punindo o indivíduo que o fizer, assim como procurando reintegrá-lo novamente ao grupo social, também em razão do interesse maior de preservação global. Surge aí a razão da necessária participação do Ministério Público para a concretização desse objetivo como órgão maior de proteção aos interesses da sociedade como um todo, e na proteção aos direitos individuais do hipossuficiente, onde se enquadra o elemento transgressor das normas sociais. Esta é, basicamente, a participação do Ministério Público na Execução Penal, eis que ele é "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis..." (artigo 1º da Lei Complementar n. 40/81, Lei Orgânica do Ministério Público).

Assim sendo, é o *Parquet* o encarregado, ou titular da obrigação, de, em nome do Estado-Administração, fazer valer a vontade da sociedade, da qual — bem como de todas as outras vontades e interesses — o Estado é o depositário e executor do direito de punir.

O artigo 257 do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente na execução penal, conforme art. 2º da LEP, diz que o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei. A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, determina que é função institucional da Instituição promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei. Portanto, como já abordado, cabe-lhe, exclusivamente, promover a *persecutio criminis*, levando-a a juízo. "O Estado-Administração como sujeito ativo da pretensão punitiva tem no Ministério Público o órgão a que delega as funções destinadas a tornar efetivo o direito de punir, como dispõe, aliás, o artigo 24 do CPP" (MIRABETE, J. F. *Processo penal*, ob. cit., p. 316, *in fine*).

Porém, a lei específica que normatiza o procedimento executório, a LEP, em seu artigo 195, dispõe que o procedimento judicial (executório) iniciar-se-á de ofício, a requerimento do interessado ou de o Ministério Público, mediante proposta do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, o que tiraria a titularidade do Ministério Público, em caráter de exclusividade, de promover a ação de execução; ou descaracterizar esta como processo autônomo.

Quanto a esta segunda assertiva, já foi suficientemente abordada e rebatida, especialmente sob este aspecto, no item anterior deste trabalho, despiendo-se tomando fazê-lo novamente.

No que tange à primeira, aparentemente surge uma contradição; ou então, teria referido artigo derogado o art. 257 do Código de Processo Penal, ao menos com relação ao processo de execução penal; acentuando-se a contradição em frente do dispositivo constitucional tratado acima.

Entretanto, como dito, esta contradição é apenas aparente. Primeiramente, com relação ao juiz agir de ofício, conforme já discutido, em realidade ele não está agindo de

moto próprio, como leva a crer a expressão "de ofício", mas provocado pelo juiz sentenciante que age em nome do Estado-Administração; portanto, o juiz da execução apenas exerce a sua função de prestar a jurisdição, pois que "Não pode ser ele parte e julgador ao mesmo tempo", segundo o entendimento do Procurador de Justiça, Antônio Scarance Fernandes (O Ministério Público na execução penal. *In: Execução penal* — Vários autores, p. 34).

Com relação ao interessado poder também requerer o início do procedimento executório, nos termos já abordados, nada mais caracterizado que o estabelecimento da execução voluntária, onde o Ministério Público continua a ocupar o seu papel de titular da ação penal e é convocado a assumi-lo. Portanto, a provocação da jurisdição por ele não significa que passe a ocupar o pólo ativo na relação processual, pois que não pode ser ambas as partes ao mesmo tempo, ou seja, pólo ativo e passivo da ação penal. Apenas excita o sistema processual, para que possa cumprir com sua obrigação, perante a inércia do Estado, porém, sem descaracterizá-la.

Por fim, quanto ao procedimento executório poder ser iniciado por "proposta" do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, outro entendimento não há a socorrer. O termo empregado — "proposta" —, à luz do já referido dogma do direito de que a lei não emprega palavras erradas ou inúteis, nos leva à conclusão de que necessariamente deve ter entendimento diverso do termo "requerimento", empregado na mesma letra da lei para definir o ato processual praticado pelo Ministério Público quando dá início ao procedimento; assim, é forçoso reconhecer-se que as ações são diversas.

A proposta é o ato de submeter à apreciação, sugerindo (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*), e requerimento é o "ato pelo qual se pede ou se solicita a feitura ou a execução de alguma coisa ou a satisfação de alguma pretensão" (SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. IV, 1989, p. 108), isto quer dizer: "requisitar significa 'pedir com autoridade' ou exigir" (*idem*). A requisição é a exigência legal para que se cumpra, faça ou preste o que é exigido, ordenado ou pedido.

Portanto, o Conselho Penitenciário ou a autoridade administrativa, ao movimentarem o Poder Judiciário na busca da satisfação do *jus puniendi*, não o estarão fazendo como sujeitos ativos da ação penal, titulares do direito de ação, mas tão-somente como integrantes do Estado-Administração, que se quedou inerte por via de seus órgãos encarregados de pleitear em juízo a tutela jurisdicional executiva, o Ministério Público — titular exclusivo da ação penal pública. A mera proposta não coloca tais órgãos administrativos na condição de integrantes da ação penal, posto que de fato são órgãos participantes do procedimento, necessários à realização da pretensão material que tem o Estado de punir.

Concluindo, as outras pessoas, físicas e jurídicas, relacionadas no art. 195 da LEP junto ao Ministério Público, têm a possibilidade de dar o impulso oficial no processo judicial de execução sem, no entanto, em virtude disso, passarem a integrar a ação penal no pólo ativo, cuja legitimidade única é do Estado, por via da titularidade exclusiva do

Parquet, o que se evidencia na observação de que, mesmo que tais pessoas suscitem a prestação jurisdicional, sua atuação processual neste pólo disso não passará, retornando todas elas à sua específica função, em nenhum momento sendo chamadas pela lei a praticar atos pertinentes ao sujeito ativo da relação; o que demonstra claramente que ela assim não as reconhece, mas só mesmo ao Ministério Público que é convocado a assim agir, conforme passo a discorrer a seguir.

Diante do que foi abordado, nítida fica a função e papel de parte do Ministério Público no processo de execução, à semelhança do que ocorre no processo penal de conhecimento, pois cumpre-lhe provocar, como titular desse direito, a atividade jurisdicional, para que seja alcançada uma pretensão punitiva devidamente declarada, como resultado da *persecutio criminis*, no título executivo, cabendo-lhe, como representante da sociedade, efetivar a sanção imposta na sentença.

Uma vez que o Estado, para tornar efetiva essa sanção por meio da tutela jurisdicional, precisa necessariamente fazê-lo através do *Parquet*, mesmo que o impulso inicial não tenha sido exercido por ele, evidente resulta o seu papel e função de parte no processo de execução, exatamente da mesma maneira como ocorre no processo de conhecimento, resguardadas apenas as peculiaridades inerentes a cada um deles.

Como parte, será indubitável sua legitimidade *ad causam*, conforme já analisado, e sua capacidade postulatória, podendo praticar todos os atos necessários à efetiva aplicação do *jus puniendi*, ou seja, pode requerer e intervir, produzindo provas, requisitando diligências, sendo intimado de todos os atos processuais, ser intimado de todas as decisões tomadas no curso do processo, tanto jurisdicionais como administrativas, opinando previamente antes que sejam tomadas, das mesmas podendo recorrer, enfim, praticar todos os atos inerentes à típica função de parte.

Não bastasse sua função como parte no processo de execução, tem também o Ministério Público o nítido papel de *custos legis*, isto é, “substancialmente, o Ministério Público tem uma atividade fiscalizadora em toda a sua atividade funcional, quer na esfera civil, quer na esfera penal. Sempre que estiver em discussão numa relação jurídica litigiosa, num conflito de interesses, uma norma de ordem pública ou um direito indisponível, irrenunciável, impõe-se a função fiscalizadora dessa Instituição” (MIRABETE, J.F. *Execução penal* — Comentários à Lei n. 7.210/84, p. 215), não carecendo de maiores indagações e discussões o reconhecimento de que na relação jurídico-processual da execução penal estão envolvidos fundamentalmente normas de ordem pública e direito indisponíveis, tanto sob o ângulo do Estado como do condenado.

Sendo em sua essência o *Parquet* um órgão que fiscaliza a aplicação da lei, comanda o art. 67 da LEP que fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Assim, incumbe-lhe a obrigação de zelar pela correta, rigorosa e fiel observância do direito objetivo, de forma imparcial na extrema observância dos requisitos determinados pela norma legal para o resgate do título executivo penal.

Na execução penal está envolvido um interesse público maior, primário, que se contrapõe ao direito individual e indisponível do condenado: o *status libertatis*. Nessa relação antagônica pode, e só acontecer situações em que, em atendimento a um interesse público secundário, sejam alterados, ou até mesmo totalmente desprezados, os limites estabelecidos no título executivo, pois que não se pode afirmar que normalmente o interesse da Administração está em consonância com os interesses maiores da sociedade como um todo, como, por exemplo, o sistema penitenciário local de determinada Comarca, por via da autoridade administrativa encarregada do cumprimento material da pena, recusa, por questões de logística — falta de pessoa — e espaço físico próprio, o banho de sol ou assistência religiosa aos condenados que ali cumprem pena; aos interesses públicos secundários da administração, de não se equipar para dar as condições necessárias ao fiel cumprimento da lei, respeitando os direitos legais do condenado, se contrapõe o interesse público primário de preservação da integridade física do indivíduo e a sua recuperação para o convívio social.

De outro lado, tem-se também a ferrenha disposição do condenado em fazer valer o seu irrenunciável direito ao *status libertatis*, mesmo que isso signifique, por vezes, a transgressão ou alteração dos limites impostos no título executivo judicial, situação, da mesma maneira, corriqueira no dia-a-dia da execução penal, especialmente em épocas especiais — fim de ano, páscoa, etc. —, quando são concedidos os indultos, graças e anistias. Exemplo típico é o caso do condenado a cumprir sua pena inicialmente em regime semi-aberto e que pleiteia fazê-lo nas condições e prerrogativas que, em realidade, são peculiares e próprias do regime aberto. Avalizando a idéia e demonstrando o exemplo, trago exponencial Acórdão proferido pela Corte Maior de nosso Estado, e o voto do relator, nesse sentido, proferido no Recurso de Agravo n. 78/1, da Comarca de Lavras, cujo relator foi o Des. Gudesteu Biber, e publicado na revista *Jurisprudência Mineira* 112/288:

Execução penal — Regime semi-aberto — Autorização para trabalho externo — Progressão do regime.

“Transitada em julgado, sem interposição de recurso, decisão que fixa o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena, não pode o réu, na fase de execução, requerer autorização para trabalho externo em atividade particular, sem observar o procedimento legal da progressão do regime carcerário.”

O voto do Sr. Des. Relator esclarece sobremaneira o pensamento expedido, conhecendo do recurso, entendendo-o como próprio, tempestivo e regularmente processado, sem, no entanto, dar-lhe provimento:

“O MM. Juiz a quo reconheceu em sua sentença a primariedade, os bons antecedentes, a aptidão para o convívio social dos sentenciados. Apesar disso fixou-lhes o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.”

Os agravantes, entretanto, se conformaram com a decisão proferida, deixando-a transitar em julgado sem interposição de recurso próprio.

Agora, na fase de execução da penal requerem autorização para trabalho externo em atividade particular ao argumento de permanecerem presos na cadeia pública em desobediência à Lei de Execução Penal.

Inviável a pretensão recursal sem prévia progressão de regime carcerário. De fato, dispõe o art. 112 da Lei n. 7.210/84: 'a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão'.

No caso em apreço equivale dizer que os agravantes teriam o regime inicial progredido para o aberto, equiparado à prisão-albergue. O ingresso do sentenciado em tal regime poderá ocorrer no início ou durante a execução da pena. Na segunda hipótese, conforme a exposição de motivos da Lei n. 7.210/84, além dos requisitos de comprovação da possibilidade de trabalhar imediatamente, de seus antecedentes e fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, exige-se também do condenado o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior.

Na espécie, não há prova nos autos de que tenham os recorrentes satisfeito o requisito temporal, pois foram condenados em 23/3/90. Tal constatação só seria possível no Juízo da Execução, sobretudo, porque há referência na sentença de que os sentenciados tiveram suas prisões preventivas decretadas.

Sem o procedimento legal da progressão do regime, impossível conceder-lhes o benefício do trabalho externo em atividade particular.

Devem, pois, os recorrentes primeiramente postular junto ao Juízo da Execução a progressão do regime prisional e, por via de consequência, autorização para trabalho externo que, aliás, é obrigatório no regime aberto. Isto posto, nego provimento ao recurso."

Portanto, tanto num caso como no outro — a Administração impondo seu interesse secundário ou o condenando exigindo condições que não faz jus ou não existem na norma legal —, deve o Ministério Público atuar na defesa do interesse maior da sociedade, fiscalizando a exata e fiel aplicação da lei penal, processual, e especificamente a de execução penal, garantindo a legalidade do procedimento, impedindo o abuso, o excesso e a irregularidade na execução penal, não transigindo nunca, em momento algum, mesmo que no seu íntimo entenda ser necessária alguma ação da Administração ou pleito do condenado, porém, distante da letra da lei, pois que é indisponível ao *Parquet* a obrigação

de fazer cumprir a lei e o devido processo legal, sendo-lhe vedado criar entendimentos casuísticos e circunstanciais, devendo, se o magistrado o fizer, deles incontinenti recorrer, pois só há devido processo legal se se aplica a lei, nos seus estritos termos, cumprindo-se o comando constitucional da garantia dos direitos fundamentais.

Diz René Ariel Dotti (*Código de Processo Penal*, 1987, p. 548) que "As omissões e as mazelas do sistema penitenciário devem ser combatidas com os meios legais e legítimos."

Mas, só haverá estado de direito, combatendo-se os abusos da Administração, garantindo-se os cidadãos contra os mesmos, se ao condenado se aplicar os exatos limites do título executivo e da norma legal, abstendo-o das benesses sem qualquer amparo legal, por mínimas que sejam, uma vez que a não-observância fielmente rigorosa da disposição legal implica em séria e irremediável mácula ao estado de direito, o interesse maior da comunidade, e o perigoso desvirtuamento das funções do Ministério Público.

O jovem e brilhante Promotor de Justiça, Sérgio Parreiras Abritta, expoente do Ministério Público de nosso Estado, em recente parecer publicado no *Minas Gerais* de 11 de dezembro de 1991, tratando de questão interna da Instituição, expendeu pensamento no sentido aqui defendido, e de tal sorte abrangente e universal, que tomo a liberdade de dele socorrer-me para abalizar a idéia exposta:

"O Promotor deve ser, antes de tudo, 'legalista', isto é, deve pugnar pela observância das leis. O art. 127 da Constituição Federal proclama que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, e o parágrafo primeiro do mesmo artigo que é princípio institucional do Ministério Público sua independência funcional. É permitido, assim, ao Promotor de Justiça, diante de seu livre convencimento, requerer, com base na lei e na sua consciência, aquilo que entender de direito. Interpretar a lei não significa opinar contrariamente a ela. Agindo desta última forma, criadas ficariam situações absolutamente inaceitáveis para a instituição, porque um principium, regra fundamental e 'geral', só pode ser tido como tal se tiver aplicabilidade a toda gama de situações. Poder-se-ia, pois, chegar à conclusão de que um Promotor de Justiça, no caso de um homicídio perpetrado por dezenas de pessoas contra um preso que tivesse cometido crimes sórdidos, devesse deixar de denunciá-los, sob a alegação de que sua eliminação era medida de interesse extremo da coletividade. Não estaríamos mais sob o império da lei, mas da desordem e do arbítrio. O exemplo radical foi dado para ilustrar o grau de perplexidade que se incutiria na sociedade com a possibilidade de uma interpretação tão flexível da lei, que admitisse sua própria negação. E onde seriam encontrados os critérios para distinguir o bem do mal, na decisão de não aplicar a letra fria da lei em determinadas situações? Não haveria o perigo de se 'tomar o mal por bem', como afirmava C.F. Gellert? E a possibilidade de visões

individuais maniqueístas absolutamente díspares? Não seria um caminho aberto para a prática de injustiças? Discutir a lei que se vai aplicar, até o ponto de negá-la, é, acima de tudo, ofender a ordem jurídica e, por consequência, a própria Constituição Federal. Vale lembrar que os regimes ditatoriais usavam e abusavam dessa forma de 'discussão' da lei, para justificar vários atos ignominiosos. O 'axioma' il fine giustifica i mezzi, atribuído a Maquiavel, deve, assim, ser evitado na prática diária da consecução da justiça. É a prudência que deve nortear a atividade do órgão defensor do regime democrático."

Cesare Beccaria, em sua incansável luta judicial e do poder político, no distante século XVIII, quando o cumprimento da lei estava à mercê da vontade dos soberanos e da nobreza, demonstrando todo o imenso temor ao desrespeito às leis, afirmou em sua magistral obra (*Dos delitos e das penas*), 1983, p. 17, o seguinte:

"Sendo as leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que leva os homens a se reunirem em sociedade."

Fundamentalmente, deve o Ministério Público pugnar pela estrita e correta aplicação da lei, nos seus exatos termos, tanto como parte como fiscal da lei, funções que acabam por se confundir, dando legitimidade, nos dois casos, de praticar e participar de todos os atos processuais, pois quando o *Parquet* age como parte, em nome do Estado, nada mais estará fazendo do que exigindo a obediência à lei visando alcançar o *jus puniendi*, ou seja, fiscalizando a sua aplicação; portanto, as duas funções, no processo de execução penal, chegam mesmo a se confundir.

A própria jurisprudência tem entendido que, ao oficiar o Ministério Público em todo o processo de execução, como determina o art. 67 da LEP, pouco importa que o faça na condição de parte ou *custos legis*, pois que sempre terá vista dos autos para assegurar a correta aplicação da lei e o cumprimento do título executivo, pretensão do Estado.

Segundo as palavras do Procurador de Justiça Antônio Scarance Fernandes "A sua postura no processo pode mudar, mas age sempre em função do interesse que justifica a sua atuação...", para mais adiante completar: "Assim, em síntese, parece que, melhor do que afirmar ser o Ministério Público em sua função típica parte ou fiscal da lei, é conceituá-lo sempre como parte, atuando na defesa de direitos indisponíveis, ora participando efetivamente do contraditório, ora não tendo essa mesma participação" (ob. cit., p. 27-28).

O imprescindível é que, para que o Ministério Público possa exercer sua função no processo de execução, independente se parte ou *custos legis*, deve o órgão do *Parquet* ser sempre intimado de todas as decisões prolatadas durante seu desenrolar, indiferentes sejam judiciais ou administrativas, e dar-lhe ciência dos atos praticados.

Se jurisdicionais, deve necessariamente, pelo princípio do contraditório, como analisado presente no procedimento executivo, opinar previamente, requerer medidas e recorrer das decisões do magistrado, quando preciso.

Se administrativas, deve recorrer aos meios processuais à disposição previstos na Lei de Execução, especialmente o incidente de excesso ou desvio previsto no art. 185 da LEP, e o 186, que legitima o Ministério Público a propô-lo, bem como oficiar às autoridades administrativas superiores com o objetivo de coibir ato abusivo de funcionários de qualquer nível, inclusive requerendo providências da Administração Pública se os fatos assim exigirem.

Ressalte-se, ainda, que não sendo dada a necessária oportunidade ao Ministério Público de se manifestar, inevitavelmente se estará incidindo em nulidade, que, em razão do interesse público envolvido, bem como dos direitos indisponíveis presentes, para se obter a declaração de nulidade, independe de demonstração de prejuízo para o Ministério Público, excetuados os casos alcançados pelos artigos 563, 565 e 566 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido mais uma vez busco a oportuna lição do mestre Antônio Scarance Fernandes que diz que "não é mais admissível que se imagine um processo de execução penal sem obediência ao princípio do contraditório, em todos os procedimentos judiciais que forem instaurados. Só assim será garantida a imparcialidade do juiz que, ouvindo as partes, decidirá com maior segurança" (ob. cit., p. 34).

Diz Paulo Lúcio Nogueira, sobre o tema, que "Deve, pois, o juiz manifestar-se, deferindo ou não diligências requeridas pelo Promotor de Justiça, ou determinar que se pronuncie sobre o mérito, pois lhe está vedado proferir decisão sem que o órgão acusatório se pronuncie sobre o mérito da questão, como, aliás, já reconheceu a jurisprudência (RT, 640/290)". (*Comentários à lei de execução penal*, 1990. p. 83.)

Derradeiramente, destaca-se que, à luz da disposição contida no art. 196 da LEP, tem o Ministério Público o prazo de três dias para suas manifestações nos procedimentos judiciais de execução.

Necessário, ainda, tratar do recurso cabível em face das decisões proferidas pelo juiz, que é o agravo, firmado por meio do art. 197 da LEP. Tal recurso recebeu da jurisprudência a denominação de "agravo em execução", e quanto ao seus prazos, ritos, requisitos, etc., orienta a doutrina e a jurisprudência que, por analogia, devem ser empregadas as regras referentes ao agravo de instrumento do Código de Processo Civil (arts. 522 a 529), havendo, no entanto, corrente que entende, com base no artigo 2º da LEP, que seriam aplicadas as normas inerentes ao recurso em sentido estrito. Porém, a primeira tendência é que vem se firmando, com expressivas adesões, indicando ser a mais apropriada e coerente ao processo executivo penal.

Observa-se que o art. 197 da LEP, em sua parte final, não confere ao agravo em execução o efeito suspensivo. Assim sendo, se a falta desse efeito, isto é, o cumprimento

da decisão agravada, implicar em flagrante ilegalidade ou possibilidade de dano impossível ou incerta reparação, caberá o mandado de segurança visando dar efeito suspensivo ao recurso, segundo o parecer de Alcy Menna Barreto de Araújo, acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (revista *Justitia* 134/160), e no entendimento de diversas jurisprudências (RT 629/327, 629/331, 627/281).

Finalmente, caso denegado o agravo ou se admitido tiver seu normal processamento obstado, o recurso próprio a ser empregado é a carta testemunhável, prevista no artigo 639 do Código de Processo Penal.

Para que se possa encerrar a abordagem da função do Ministério Público no processo de execução, incompleto ficaria se se relegasse ao desprezo sua fundamental ação administrativa, prevista no parágrafo único do art. 67 da LEP, que dá atribuições ao *Parquet* de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua visita em livro próprio, mas, principalmente, não se restringindo apenas a marcar a presença, mas verificando as condições de seu cumprimento, ouvindo os presos, enfim, zelando pelo fiel cumprimento da lei de Execução no aspecto material e administrativo.

6 CONCLUSÃO

1º) O processo de execução é um procedimento autônomo, desvinculado do processo penal de conhecimento, com atos concatenados determinados por norma própria, a Lei de Execução Penal, e subsidiariamente o Código de Processo Penal, tendo como base o Código Penal, e que tem por objeto efetivar as disposições da sentença penal condenatória — o título executivo judicial penal — e proporcionar ao condenado condições harmônicas de reintegração social, através da realização material da pretensão punitiva do Estado, tornada efetiva pela prestação jurisdicional.

2º) O Ministério Público atua como parte e fiscal da lei — *custos legis* — no processo de execução. Como parte, porque representa o Estado na relação processual para ver efetivado o *jus puniendi*, declarado no processo penal de conhecimento, só podendo o mesmo agir por meio do *Parquet*, único órgão que tem o legítimo direito de fazê-lo em seu nome no Juízo penal, por determinação constitucional e da norma específica. E é fiscal da lei, pois que na relação processual executiva estão envolvidos normas de ordem pública e direitos indisponíveis, irrenunciáveis, tanto do Estado — depositário e representante dos anseios e interesses maiores da sociedade — como do condenado, que, mesmo estando no pólo passivo da relação, preserva seus direitos e garantias fundamentais enquanto homem e cidadão.

3º) Independente da natureza de sua função no processo de execução, parte ou fiscal da lei, que se fundem em uma só, possui o Ministério Público legitimidade *ad causam* e capacidade postulatória, podendo praticar todos os atos necessários ao fiel cumprimento do título executivo penal, podendo requerer e intervir em todas as fases do procedimento, produzir provas, requisitar diligências, tomar ciência de todos os atos

praticados, tanto judiciais como administrativos, ser intimado de todas as decisões tomadas no curso do processo, devendo obrigatoriamente opinar previamente antes que sejam tomadas, sob pena de nulidade, e que, pelas mesmas razões que justificam sua participação, não carece de ser demonstrado o prejuízo pela omissão do ato obrigatório, podendo, por fim, recorrer das decisões judiciais e impetrar mandado de segurança com vistas a dar o efeito suspensivo ao recurso.

4º) As atribuições do Ministério Público no processo de execução envolvem também a função administrativa de visitar periodicamente o sistema penitenciário, no mínimo uma vez por mês, registrando sua visita em livro próprio; verificar as condições dos condenados, pessoais e de cumprimento da pena, zelando pelo fiel cumprimento da Lei de Execução Penal sob o aspecto administrativo.

5º) Deve o Promotor de Justiça pugnar pela estrita e exata aplicação da lei, em seus exatos termos, sendo-lhe indisponível a obrigação de fazer cumprir a lei e o devido processo legal, vedado criar entendimentos casuísticos e circunstanciais, para a garantia do estado de direito, e só há estado de direito com o devido processo legal, e só há devido processo legal se se aplica a lei.

7 BIBLIOGRAFIA

ABRITTA, Luiz Carlos. Importância da comissão técnica de classificação (CTC) e centro de observação criminológica (COC). Revista *JUS* 9/101.

ABRITTA, Sérgio Parreiras. Parecer sobre função do órgão do Ministério Público. *Minas Gerais* de 11/12/91.

ARAÚJO, Alcy Menna Barreto de. Parecer em mandado de segurança impetrado por Promotor de Justiça para dar efeito suspensivo a recurso de agravo em execução penal. *Justitia* 134/160-163.

BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, tradução de Torriero Guimarães, 1983.

BIBER, Gudesteu; Voto proferido em acórdão sobre autorização para trabalho externo em regime semi-aberto. *Jurisprudência Mineira* 112/288.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal*. Madrid, 1979.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1990.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo* — Breves comentários ao Código. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CUNHA, Renan Severo Teixeira da. O Ministério Público na execução penal. *In: Curso sobre a reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DAMÁSIO, E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovar, 1988.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1990.

———. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1987.

DOTTI, René Ariel. Processo penal executório. *RT* 576/309-322.

———. A lei de execução penal. Perspectivas fundamentais, *RT* 598/275-286.

———. Problemas atuais da execução penal. *RT* 563/279-298.

———. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Justitia* 129/34-54.

———. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERNANDES, Antônio Scarance. O Ministério Público na execução penal. *In: Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, São Paulo: RT, 1990.

———. Natureza jurídica da execução penal. *In: Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*.

KUEHNE, Maurício. O *sursis* e a lei de execução penal. *Rev. JUS* 7/127.

———. A execução penal. *JUS* 8/133.

———. Limites das penas — Progressão de regimes. *JUS* 10/103.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1989.

Execução penal — Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/84. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1988.

———. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

ROGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Execução penal. *RT* 623/257-263.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. Bauru: Jalovi, 1988.