

INTERFACE ENTRE A OFICIOSIDADE JUDICIAL NOS INCIDENTES EM EXECUÇÃO PENAL E A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DA IMPARCIALIDADE

INTERFACE BETWEEN JUDICIAL OFFICIALITY IN INCIDENTS IN CRIMINAL EXECUTION AND THE CONSTITUTIONAL IMPOSITION OF IMPARTIALITY

André Ricardo Antonovicz Munhoz

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

Defensor Público.

dpmunhoz@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/4828733550701016>

<https://orcid.org/0000-0002-3127-4181>

RESUMO

O presente trabalho analisa, sob o prisma dogmático, se a interpretação literal e indiscriminada do art. 195 da Lei de Execução Penal se coaduna com a ordem constitucional vigente. Objetivo: para tanto, propõe-se discutir, a partir do sobrepujamento da natureza jurídica administrativa pela jurisdicionalização da execução penal, as implicações na esfera dos direitos fundamentais da pessoa submetida ao cumprimento de pena. Tratou-se de explorar se as garantias processuais penais incidentes ao processo de conhecimento, conforme irradiadas pela matriz constitucional, também teriam guarida e em qual amplitude na prática pretoriana aplicada à singularidade do processo de execução. Resultado: por fim, pondera-se que a interpretação do dispositivo legal, que assegura a iniciativa judicial nos procedimentos incidentais afetos à seara processual executória, demanda uma imprescindível filtragem a partir de cânones constitucionais para a consecução das condições de possibilidade imprescindíveis à manutenção da imparcialidade, tomada como elementar ínsita e fundamental do sistema acusatório. Método: o método utilizado é o hipotético-dedutivo, com a técnica da pesquisa bibliográfica.

» **PALAVRAS-CHAVE:** EXECUÇÃO PENAL. JURISDICIONALIZAÇÃO. SISTEMA ACUSATÓRIO. IMPARCIALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

The present work analyzes under the dogmatic prism if the literal and indiscriminate interpretation of art. 195 of the Penal Execution Law is consistent with the current constitutional order. Objective: to do so it is willing to discuss, from the overcoming of the administrative legal nature by the jurisdictionalization of criminal execution, the implications in the sphere of the fundamental rights of the person subjected to the execution of a sentence. It tried to explore whether the criminal procedural guarantees incident to the process of knowledge, in the form radiated by the constitutional matrix, would also have shelter and to what extent in the praetorian practice carried out in the singularity of the execution process. Result: finally, it is considered that the interpretation of the legal provision, assuring the judicial initiative in incidental procedures related to the enforceable procedural area, demands essential filtering based on constitutional canons to achieve the conditions of possibility essential to the maintenance of impartiality, taken as elementary inherent and fundamental part of the accusatory system. Method: the method used is hypothetical-deductive, with the technique of bibliographical research.

» **KEYWORDS:** PENAL EXECUTION. JURISDICTIONALIZATION. ACUSATORY SYSTEM. IMPARTIALITY. UNCONSTITUTIONALITY.

Artigo recebido em 30/7/2023, aprovado em 11/3/2025 e publicado em 26/9/2025.

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional no âmbito da execução penal é tão latente quanto os recortes midiáticos selecionados na retratação da realidade carcerária brasileira. A despeito da superação da histórica concepção *hands off*, pela qual a execução da pena como atividade eminentemente material competiria exclusivamente ao Poder Executivo, não é rara a negativa da sua efetiva jurisdicionalização. Tal se dá de forma acentuada no que concerne às condições materiais de custódia, sob o fundamento de que tal atividade, ainda que de atribuição e praticada por órgão judicial, tratar-se-ia do exercício de função atípica meramente administrativa, como também é fecunda a negativa judicial no tratamento coletivo das situações massivas violadoras de direitos por meio do instrumental inerente à tutela coletiva. Constituem-se tais entraves em óbice ao acesso à jurisdicionalidade da execução penal, em face do descumprimento estatal reiterado de uma gama de prestações, mesmo expressamente impingidas na ordem jurídica com o advento da Lei de Execução de 1984.

Por outro lado, em diversas outras situações, o juiz da execução se arvora na competência irrestrita para a prática de toda sorte de atos jurisdicionais de ofício. O conhecimento corrente dos operadores do direito – moldado na faltosa ou precária formação acadêmica na matéria – contribui e se constitui em terreno fértil ao não questionamento da realidade judicialmente posta, maculado que está na difusão acrítica de que, na execução penal, o juiz pode/deve agir de ofício indiscriminadamente. Em que pese uma infinidade de atos jurisdicionais serem aptos à iniciativa oficiosa pelo próprio julgador, merece reflexão acerca se, ainda que nesse campo processual específico da execução penal, as hipóteses de incidência poderiam ser ilimitadas, mais especificamente quando resultarem no infringimento do escudo protetivo individual consubstanciado no bloco constitucional de direitos fundamentais.

É nesse contexto que se consubstancia a conveniência da investigação sobre a previsão legal expressa e genérica do art. 195 da Lei de Execução Penal, pela qual se fundaria a legitimidade ilimitada da iniciativa na instauração dos **incidentes em execução** de ofício. A luta na busca da efetivação da jurisdicionalidade da execução penal, que, de fato, não alcança diversas hipóteses, não pode constituir-se em óbice limitador à visão de que a imiscuição do juiz não necessariamente se constituirá, em todos os casos, como um limitador ao poder punitivo estatal, podendo, inclusive, consubstanciar-se por si próprio numa violação a um ou mais direitos constituintes do plexo dos fundamentais, sobretudo os processuais.

Para tanto, descortinando a questão da preservação de todos os direitos fundamentais pelo cumpridor de pena, salvo os estritamente incompatíveis com a situação singular, é mister reconhecer o irradiamento dos comandos constitucionais, especialmente, em razão do objeto, aqueles atinentes às garantias processuais penais na regulação procedimental infraconstitucional do processo de execução penal.

Assim, a possibilidade de compreensão da extensão interpretativa válida sobre o dispositivo legal que legitima o agir de ofício pelo juiz demanda investigação, tomando por premissa a suprema-

cia das normas constitucionais no plano jurídico-dogmático. Do recorte de especial interesse neste momento, essas normas condizem com a iniciativa acusatória formulada por órgão diverso ao do julgador, mirando concretizar a devida imparcialidade da jurisdição.

1 A JURISDIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

No plano global, é histórica a concepção da execução penal como atividade de natureza exclusivamente administrativa, pautada na teoria clássica da tripartição de poderes. A transição para a compreensão jurisdionalizada da execução se originou no período pós-Segunda Guerra Mundial (Roig, 2018), contextualizado como de acentuada preocupação da comunidade internacional com o respeito à dignidade da pessoa humana (Comparato, 2015).

Tem-se como marco importante dessa mutação em nosso país o advento da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal (Brasil, 1984a) (LEP)¹, cujo art. 2º prevê 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”, e o prenunciado no item 173 da sua Exposição de motivos² (Brasil, 1983) “o Juízo da Execução é o foro natural para o conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade, na execução das penas e das medidas de segurança” (Shimizu, 2019).

A superação da visão administrativista a partir da LEP, no entanto, não resultou em pensamento uniforme sobre a natureza jurídica. Segundo Marcão (2015, p. 32), “doutrina e jurisprudência apontam divergências sobre a natureza jurídica da execução penal”. A assertividade da afirmação é constatada pelo tratamento do tema por variados autores. Enquanto parcela da doutrina tem a natureza jurídica como eminentemente jurisdional, outra, entretanto, a compreende como de natureza mista, ante a concorrência de atividades de índole administrativa e jurisdional.

Na concepção da execução penal como uma atividade mista ou eclética, igualmente defendida por diversos autores que integram essa corrente, Grinover (1987, p. 7) aduz:

[...] não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdionais e dos estabelecimentos penais.

Por sua vez, na representação dos adeptos à corrente jurisdional, Fernandes (1994, p. 33):

[...] entendemos ser ainda relevante examinar o problema da natureza jurídica da atividade do juiz na execução penal. Não tanto em face de um fatigante objetivo meramente teórico, mas principalmente em razão de outro mister: evidenciar que a execução penal é jurisdional 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 jurisdionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário.

Com efeito, ainda que existente dissenso acerca da amplitude da função jurisdicional³, como parcela integrante da atividade estatal executória como um todo, servindo tal mensuração como fator balizador e classificatório a cada uma das correntes de pensamento acerca da natureza jurídica, é importante observar que relativamente às penas e às medidas de segurança se “exige que um juiz de direito conduza o processo de execução” (Brito, 2006, p. 45) consagrando, então, a jurisdicionalidade.

Positivada na LEP, a concepção jurisdicional da execução penal brasileira estabelece no processo de execução condição inexorável a ela, consistindo em si próprio, para além de garantia fundamental, como instrumento e pressuposto para a efetivação das demais garantias fundamentais inerentes ao novo marco normativo.

2 A INCIDÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA NA EXECUÇÃO PENAL

A positivação na LEP da concepção jurisdicional da execução da pena conduz à incidência de um plexo indissociável de direitos e garantias fundamentais, porquanto “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes” (Marcão, 2015, p. 34).

Nessa trilha, como destacado por Brito (2006, p. 45), “o princípio da jurisdicionalidade provê a execução da pena como um processo [...]”. Por conseguinte, a partir da compreensão da execução da pena sob o âmbito jurisdicional, previamente aos demais direitos e garantias específicos então inerentes, pode-se inferir que o processo de execução, por si próprio, é um direito fundamental pressuposto, consistente em instrumento para a realização dos demais (Nogueira, 1996 *apud* Marcão 2015).

Para Raatz (2019, p. 21 – 52):

Sob a ótica do direito constitucional, o processo é um direito fundamental. Trata-se, mais especificamente, daquilo que se denomina direito fundamental de primeira dimensão, categoria que expressa a gênese da própria noção de direito fundamental como limitação do poder estatal em face da liberdade individual. A concepção de processo como direito fundamental desdobra-se, pelo menos, em três perspectivas: (i) o processo é um direito fundamental de resistência que se interpõe entre o Estado e os direitos do indivíduo, na medida em que é condição necessária para a intervenção estatal na esfera jurídica de qualquer pessoa; (ii) o processo é uma garantia do modo como os direitos serão tutelados, interpondo-se entre o direito à tutela jurisdicional e o poder jurisdicional exercido em regra pelo Estado; (iii) o processo, em si mesmo, é uma garantia contra jurisdicional, na medida em que, no seu âmago, é composto por uma série de direitos que restringem e limitam o poder jurisdicional. Nessas três acepções o processo é condição para a tutela da liberdade: (i) liberdade contra intervenções estatais indevidas, (ii) espaço de liberdade para atuar perante os órgãos encarregados de exercer poder jurisdicional e (iii) garantia de liberdade frente ao exercício do poder jurisdicional. Essas duas últimas acepções, muitas vezes, se confundem, na medida em que se relacionam diretamente com o exercício dos direitos fundamentais processuais, ou seja, de direitos fundamentais exercidos no bojo do processo, os quais podem consistir tanto em direitos de resistência, direitos prestacionais ou até mesmo em direitos de participação (*status activus*). Independentemente da classificação, todos eles representam, ao fim e ao cabo, limitações ao poder do Estado.

A primeira parte da redação do art. 1º da LEP consigna que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal”, fixando, assim, o limite de sujeição pessoal ao título formado ao final da persecução criminal, e, em reforço, o art. 3º prevê que “serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (Brasil, 1984a).

Assim, considerando que o título condenatório e a lei não afastam as posições jurídicas ínsitas a direitos fundamentais, notadamente as imbricadas como instrumentais à necessidade de resistência originada de eventual exasperação indevida da pena pelo Estado-executor, as garantias emergentes dos princípios processuais e penais na execução penal permanecem intactas, a despeito da relação especial de sujeição⁴⁻⁵ verificada na espécie, que, em regra e a priori, condizem apenas com a limitação de direitos políticos e da liberdade ambulatorial (Silva, 2020; Mendes; Branco, 2012).

Segundo Nucci (2016, p. 1.494):

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros).

Roig (2018, p. 33), ao tratar dos princípios na execução penal, discorre com mais vagar acerca dos “da humanidade, legalidade, não discriminação das pessoas presas, individualização da pena, intervenção mínima, culpabilidade, lesividade, transcendência mínima, presunção de inocência, proporcionalidade, celeridade e, por fim, o princípio *numerus clausus*”, contudo, não antes de alertar que assim o faz sem prejuízo de vários outros também incidentes.

Nessa perspectiva, sem discorrer de forma individualizada acerca de cada uma dessas garantias, cuja abordagem se daria em um contexto não exaustivo e foge ao escopo limitado proposto neste trabalho, cumpre sintetizar que a função específica delas “não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva” (Ferrajoli, 2002, p. 74).

Por conseguinte, a incidência dos princípios processuais e penais na execução penal é de rigor, pois a persistência da legitimidade no exercício do poder punitivo estatal (tomado aqui na perspectiva de pena certa previamente aplicada) durante todo o curso de duração do cumprimento da reprimenda depende, antes de tudo, da faculdade assegurada de instar o Estado-juiz na defesa de direito fundamental, condizente com o não agravamento quantitativo e/ou qualitativo sem justa causa da pena imposta ou sem a observância do devido processo legal, servindo tais princípios, de forma imbricada, como vetores deontológicos dirigentes da interpretação do direito reclamado, bem como do próprio processo que lhe serve de veículo, pois “tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade” (Ferrajoli, 2002, p. 432).

3 PROCEDIMENTOS PRINCIPAIS E PROCEDIMENTOS INCIDENTAIS: OS INCIDENTES EM EXECUÇÃO PENAL

No art. 106 da Lei de Execução Penal, tem-se o comando dirigente para que o juízo do processo de conhecimento expeça a guia de recolhimento. As previsões dos arts. 1º, 2º e 65 albergam a instauração da execução penal *ex officio* pelo juiz competente para a execução. Aduzem Cintra, Grinover

e Dinamarco (2015, p. 169) que, “em casos raros e específicos, a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais”, citando, entre outras, o caso da instauração de ofício da execução penal como uma dessas excepcionais hipóteses.

Ainda, aliada às disposições legais, cumpre consignar o disciplinamento administrativo da matéria dado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 113/2010 (Brasil, 2010), cuja conjugação do art. 1º com o art. 5º disciplina a formação dos autos do processo de execução a partir da autuação, para além da guia de recolhimento, com outros documentos e informações também relevantes, caracterizando medida importante para a instrução mais detalhada dos autos do processo de execução.

O impulso oficial ao processo instaurado, conforme Brito (2006, p. 28-29), “[...] é conduzido pelo Judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal [...]”. Nesse ponto, faz-se importante alertar que nem todo provimento jurisdicional ao longo do processo de execução demanda a instauração daquilo comumente designado na prática forense como incidente em execução.

Sobre isso, é possível verificar exemplificativamente com Shimizu (2019) que a progressão de regime no curso da execução, como corolário do sistema progressivo, constitui forma ordinária da execução do título condenatório, não havendo que se falar em incidente em execução para a efetivação do direito; ao contrário, no caso de eventual falta disciplinar que possa repercutir como obstáculo ao curso progressivo natural da execução, então, sim, tem-se um caso de incidente processual. Na mesma linha, ao tratar do livramento condicional, sustenta Roig (2018, p. 438) que, “assim como ocorre com outros direitos da execução penal, deve ser passível de reconhecimento de ofício pelo Juiz da execução”.

Do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, emana o comando da individualização da pena, que, subsequente às vertentes dirigidas ao legislador na cominação e ao julgador na aplicação, culmina na “individualização executória da pena” (Prado; Hammerschmidt; Maranhão; Coimbra, 2017, p. 64-65). Daí emerge “o sistema progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade”, regulado no plano infraconstitucional, notadamente pelos institutos da progressão de regime e do livramento condicional (Nunes, 2009, p. 145). Assim, ante a previsibilidade originada da matriz constitucional, densificada nas disposições legais afetas ao sistema progressivo de cumprimento da pena, os direitos fundamentais inerentes, como a progressão de regime e livramento condicional, devem ser implementados no curso ordinário do processo de execução, ainda que por iniciativa do juiz.

Não se pode confundir, todavia, os procedimentos principais ínsitos ao desenvolvimento ordinário do processo de execução, que servem de instrumento para a efetivação dos direitos afetos ao sistema progressivo, com os procedimentos incidentais. Sobre isso, aduz Fernandes (1994, p. 39-40) “que pode haver, no processo de execução, procedimentos principais e procedimentos incidentais”, aquilatando acerca daqueles que:

[...] se caracteriza[m] pelos seguintes atos: recebimento da guia de recolhimento (arts. 105 e 106); liquidação da pena e fixação de regime em caso de várias condenações (art. 111); intimação das partes sobre a liquidação; evolução progressiva pelos diversos regimes, sendo que, antes de cada decisão sobre a mudança de regime, deverão se manifestar o Ministério Público e o preso, este através de advogado, e, quando necessário, deve ser colhido o parecer da Comissão Técnica de Classificação e realizado o exame criminológico (art. 112); livramento condicional (art. 131-148); expedição de alvará de soltura, devido cumprimento ou extinção da pena (art. 109).

Com efeito, para a efetivação da progressividade na fase de cumprimento da pena com observância à garantia do devido processo legal, referindo-se à Lei de Execução Penal, consigna Fernandes (1994, p. 41):

É estabelecido um procedimento-tipo para a decisão dos incidentes (arts. 194-197), mas que se aplica também subsidiariamente aos procedimentos principais, em qualquer fase, quando não houver previsão expressa de outro rito. Assim, por exemplo, no procedimento relativo ao cumprimento da pena privativa, nas diversas etapas da progressão de regime, antes de cada decisão judicial deverão ser seguidos os artigos 195 e 196.

Por outro lado, diferentemente dos direitos oriundos da progressividade, os incidentes em execução tratam das inovações ocorridas no curso da execução, com repercussão jurídica e aptidão à alteração do antevisto curso regular do processo (Avena, 2018), ou seja, apenas as questões incidentais ou acidentais **no percurso processual**, por originarem **alterações no caminho procedimental** do processo de execução existente, demandam, por conseguinte, instauração dos procedimentos incidentais⁶ (Fernandes, 1994, p. 34-35).

Nesse sentido, é importante destacar, como visto, que a compreensão técnica da matéria não necessariamente coincide com a concepção difundida na práxis forense. Esta condiz com a difusão indiscriminada da denominação de incidente em execução de qualquer processamento com manifestação prévia das partes em contraditório para final pronunciamento judicial. Aquela, entretanto, restringe-se ao tratamento das questões incidentais, ou seja, as inovadoras com capacidade de modificar o curso do processo de execução como predisposto.

Com base em Brito (2006, p. 24), para quem “a execução penal não tem recebido a atenção correta, tanto em matéria legislativa como em matéria doutrinária” e em Busato e Cavagnari (2018, p. 235-255), para quem “existe um imperdoável descaso com a elaboração do discurso jurídico-dogmático no âmbito da execução penal”, sintetiza-se a crítica levada a efeito por demais autores, relativamente à carência do tratamento do Direito de Execução Penal, sobremaneira em relação a discussão no plano doutrinário, resultando para além da escassez da criação de novas possibilidades de aprimoramento científico da matéria, também a incompletude na compreensão do quanto já posto.

Nesse contexto, para além de condição necessária à pesquisa proposta e à consequente discussão propositiva objetivada pelo trabalho, destaca-se a importância deste tópico, conquanto consiste, por si próprio, em condição para alteração da concepção irrefletida e retroalimentada da prática judicial cotidiana, que considera todo processamento em contraditório no processo de execução como se incidente em execução fosse, fomentando o realinhamento para a compreensão técnica ade-

quada, consistente no tratamento limitador dos referidos incidentes processuais ao que lhe é objeto de incidência, o que, para além de mera teorização, implica as mais variadas consequências práticas.

4 A OPÇÃO POLÍTICA PELO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE POSSIBILIDADE DE PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

No dicionário, tem-se, dentre outras, a definição de sistema como: “1. [c]onjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação. 2. [d]isposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada” (Ferreira, 2001, p. 639). Assim, também o sistema processual não pode ser entendido diversamente, senão como “conjunto de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal” no exercício do *ius puniendi*, cuja legitimidade demanda o processo, de inspiração inquisitória ou acusatória (Rangel, 2015, p. 46-47).

O sistema acusatório, dito puro, tem raízes na Antiguidade e repercutiu até a Roma republicana. Na Grécia ateniense, a acusação tinha caráter privatista, apresentada por cidadão para romper a inércia do juiz e, superado um juízo de prelibação inicial acerca das formalidades, tinha-se instaurado o processamento da demanda, designando-se sessão perante o tribunal, que contava com a primazia da oralidade e da publicidade. A produção de provas e a inquirição de testemunhas ficavam, então, a cargo da parte que as propunha, primeiramente ao acusador, seguida do acusado, demarcando-se a característica da imparcialidade dos juízes, que, vinculados pelas formulações das partes, se encarregavam do julgamento a partir do livre convencimento (Ferrajoli, 2002; Wedy; Linhares, 2015).

A partir do século XII, com o expansionismo do direito canônico, houve a inserção paulatina no processo de elementos de jaez inquisitiva, próprios do Tribunal da Inquisição. Isso culminou no desempenho das funções acusatória e julgadora pela mesma figura, o inquisidor, chegando-se à consolidação do sistema inquisitório no século XIV, que fora adotado na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos europeus (Lopes Jr., 2015; Rangel, 2015).

Nesse sistema, nada restava ao réu, pois o inquisidor para iniciar a persecução já estava munido da própria hipótese criminosa, portanto, agia no sentido da comprovação da sua formulação inicial: prendia o réu, sujeitava-o à tortura, que, desprovido de defesa ou dialeticidade procedimental, tornava-se verdadeiro objeto do processo escrito e sigiloso. (Badaró, 2015; Rangel, 2015).

Acerca do período de persistência dessa formulação inquisitorial pura, aduz Lopes Jr. (2015, p. 42):

O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares, e se inicia a lenta transição para o sistema misto [...].

Entretanto, a superação do modelo genuinamente inquisitivo, resultando em um modelo ec-lético, não escapa a críticas, pois resultou na conjunção de elementos dos dois modelos históricos “com a prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública”, e na fase seguinte mais aproximado da orientação acusatória, “com contraditório público e oral [...] porém, destinado a se tornar uma mera repetição da primeira fase”, convertendo-se em espaço privilegiado para remanescência de práticas autoritárias, malgrado a inspiração teleológica de ordem humanista⁷ (Ferrajoli, 2002).

Desse arquétipo de miscigenação dos sistemas, assenta Coutinho (2009, p. 103-115):

O processo misto [...] mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. Por ele – e para ficar em poucos exemplos –, nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”.

Descortinando o escopo da adoção imbricada de elementos que integram sistemas antagônicos, consistente na criação de condições processuais autoritárias, sob vestes democráticas, faz-lhe coro Lopes Jr. (2016, p. 144):

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Nessa sucessão histórica dos modelos processuais, cada qual refletindo em maior ou menor medida o correspondente estágio da evolução humana, social, política e, por conseguinte, jurídica de determinada sociedade, tomado o respectivo ordenamento jurídico como cambiante e responsivo aos decorrentes anseios e necessidades (Sousa, 2018), torna-se imperiosa a investigação do sistema processual penal albergado no nosso ordenamento.

Para Nucci (2016, p. 73), impera o sistema consagrado como misto, na medida em que, a despeito de a Constituição Federal prescrever diversos princípios penais condizentes com o sistema acusatório, isso não seria suficiente para considerá-lo assim, pois a ordem constitucional não imporá o sistema, o que ficaria a cargo da lei, no caso, o Código de Processo Penal. O autor assevera incorrer em equívoco quem sustenta a adoção do sistema acusatório puro “somente porque a Constituição apresenta *princípios processuais penais pertinentes*”, pois não se pode negar a realidade da aplicação do direito a partir das disposições constitucionais e das legais processuais, aquelas de inspiração acusatória, estas de jaez inquisitiva, para aplicar as primeiras dissociadas das segundas.

Esse quadro de mouquidão aos ditames da Constituição Federal, com interpretação e consequente prática inversa a partir da filtragem legal de seus comandos, não condiz com o modelo processual tupiniquim emanado da opção político-democrática instituída no país, que se trata de “uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição”, e se ainda persiste a classificação doutrinária de um processo penal

pátrio como misto, tal se faz a partir da constatação da prática judicial e da filtragem às avessas, pois, ao invés de o Código de Processo Penal ser interpretado à luz da Constituição, efetiva-se o contrário (Coutinho, 2009, p. 105-113).

Já distanciado do plano fático, desde logo erigindo o fundamento político-constitucional como definidor da questão, Lima (2019, p. 43):

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

Na mesma trilha, e com viés direcional da interpretação devida, consigna Lopes Jr. (2015, p. 49):

Precisamos compreender que a **Constituição de 1988 define um processo penal acusatório**, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma ‘filtragem constitucional’ dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório [...], pois são ‘substancialmente inconstitucionais’. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória”.

Pode-se concluir desse contexto que, a partir da positivação do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, não mais remanesce discussão doutrinária questionadora da adoção do sistema constitucional-acusatório incidente no processo de conhecimento, ao menos sobre a separação das figuras imbuídas da iniciativa executória e do julgamento, considerada por Ferrajoli (2002, p. 454) como o mais importante elemento do sistema acusatório “por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”.

Hodiernamente no processo de conhecimento, pautado que é na imparcialidade do julgador como condição imanente ao sistema acusatório, a efervescência do debate se volta à gestão da prova. Para Lopes Jr. (2016, p. 163):

Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.).

Ainda entre os que encaram com naturalidade a possibilidade de participação do julgador em alguma medida na questão probatória, ressaltam, como Badaró (2015), que “a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um ‘buscador’ de fonte de provas”.

Sem embargo, também ressaltando a importância da gestão probatória na configuração do sistema processual penal, no entanto numa perspectiva mais progressista, alerta Coutinho (2009, p. 103-115) que “quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento [...] não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório”.

Na mesma esteira, Lopes Jr. (2016, p. 160-161):

[...] é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

Evidencia-se, então, que a palpitação do tratamento doutrinário acerca do nosso sistema processual se dá com maior ênfase no âmbito do Direito Processual Penal (processo de execução penal). Com efeito, é natural que, passados mais de trinta anos do advento de uma nova ordem jurídico-constitucional, com maior ou menor tardança, progresso tenha sido alcançado no processo penal sob orientação do sistema acusatório, visando, em última análise, fomentar condições de preservação da imparcialidade. Não mais se admite nele a iniciação acusatória de ofício por quem será também posteriormente o julgador, remanescendo, pois, como ponto fulcral desse debate a gestão probatória⁸.

Por outro lado, no campo do processo de execução penal, assim como no Direito de Execução Penal como um todo, a discussão doutrinária, por ser mais rarefeita, não raramente implica que mesmo a elementar fundamental da iniciativa por órgão diverso ao do julgador, inerente ao sistema acusatório, seja inobservada na práxis judicial executória, até mesmo com rotineira naturalidade.

5 A DEVIDA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 195 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Enunciado até então que, no processo penal de conhecimento, a iniciativa acusatória é questão superada, verdadeira **não questão**, limitando-se o debate atual naquele âmbito sobre a iniciativa da gestão probatória, enfim encaminha-se à abordagem do art. 195, contido no Título VII da LEP, alertando que, transposto o olhar para a seara do processo de execução, é necessário retroagir o foco, voltando-o à iniciativa acusatória, vinculada à iniciativa para a **propositura** da instauração dos incidentes em execução com aptidão de exasperar a quantidade ou a qualidade da pena. Referido dispositivo é um dentre os quatro artigos que compõem o núcleo do sistema de processamento em contraditório dos procedimentos principais e incidentais no processo de execução (Brasil, 1984a):

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

§ 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Constata-se que o art. 195 dispõe acerca dos legitimados a propor a instauração dos procedimentos principais – como visto anteriormente, aqueles que são ínsitos ao sistema progressivo, cuja previsão de implemento dos direitos é conhecida desde o início – e dos procedimentos incidentais, relativos às ocorrências supervenientes com aptidão de interferir no curso normal do processo de execução.

Imperioso destacar que a análise, neste trabalho, do dispositivo legal referente aos procedimentos incidentais se ocupou no recorte exclusivo daqueles que dogmaticamente condizem [i] com os incidentes em execução e, cumulativamente, [ii] reúnam condições de possibilidade em influenciar negativamente a posição jurídica da pessoa submetida ao cumprimento de pena, e [iii] por iniciativa do juiz.

Alertas feitos, passa-se, então, à análise da interpretação do art. 195 da LEP, com sua redação originária de 1984, a partir da necessária filtragem, tendo por paradigma fundamental a Constituição Federal de 1988, considerando acerca dela, como adverte Tavares (2015, p. 61), “a noção de lei basilar inculca a ideia de fonte inicial, ou seja, trata-se de fundamento das demais normas”.

Para José Afonso da Silva (2020, p. 47), a Constituição como instrumento jurídico-positivo “se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade”. No mesmo sentido, Bulos (2011, p. 127) a classifica como o “nível mais elevado do Direito Positivo [...] que é o parâmetro, a lei de todas as leis [...]”, daí, pode-se inferir a característica da supremacia das normas constitucionais sobre as demais integrantes do sistema jurídico.

Consoante Pinto Ferreira (2011, p. 467-492), o princípio da supremacia constitucional, “reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”, enseja o exercício do poder-dever jurisdicional no controle difuso de constitucionalidade, corolário do papel destacado ao Poder Judiciário de conferir a compatibilidade da lei em contraste à Constituição Federal, negando-lhe tal atributo e validade quando disforme. Acerca da postura dos magistrados “no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, *ex officio*” (Veloso, 2000, p. 42).

Imperioso verificar, pois, em que medida o texto normativo, cuja redação remonta a 1984, mantém conformidade e, por conseguinte, validade em face da nova ordem jurídica estatuída em 1988, pois, como vaticina André Ramos Tavares (2015, p. 276):

O surgimento de novas Constituições faz iniciar, consoante a teoria constitucional, um novo ordenamento jurídico. O conjunto das normas pretéritas existentes no Estado é simplesmente superado para dar lugar a uma nova realidade normativa, a partir do documento supremo, que é a Constituição.

Considerando que o dispositivo objeto de investigação integra lei pretérita, o controle de sua constitucionalidade se dá pela investigação da recepção ou não do seu conteúdo pela nova ordem jurídica, na medida em que “o fenômeno da **recepção** [...] corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição” (Mendes; Branco, 2012, p. 123), constituindo-se em verdadeiro “procedimento abreviado de criação do Direito” (Tavares, 2015, p. 284).

Nesse contexto, tendo por premissa o albergamento do sistema acusatório na ordem jurídica inovada, não é válido concluir como recepcionada uma interpretação irrestrita das hipóteses em que o juiz da execução⁹ possa, de ofício, instaurar incidente em execução. Aos que ainda inadmitem a imposição pela Constituição Federal do sistema processual penal acusatório, leciona Paulo Rangel (2015, p. 54):

Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar a este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a Lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o que aquela estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada.

No mesmo sentido, com prévio anúncio de que “a Constituição Federal é a sede própria à explicitação da escolha normativa”, advertem Tavares e Casara (2020, p. 108):

[...] o desconhecimento do princípio unificador do sistema processual, dos condicionamentos históricos, bem como da natureza ideológica da opção legislativa, é uma das causas da alienação que toma conta e condiciona a atuação dos atores jurídicos.

Corroborando tal crítica àqueles que insistem em negar a adoção do sistema acusatório, pautados em normas legais de conteúdo descompassado ao da ordem constitucional, afirma Lima (2019, p. 43): “não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988”.

Como exposto em seção precedente, ao que toca à regência do processo de conhecimento, não há mais discussão vívida acerca da fundamental e primeva elementar do sistema acusatório – a função acusatória exercida por órgão diverso ao do julgador. No campo processual, a crítica mais eloquente refere-se ao comprometimento da imparcialidade do julgador derivado da possibilidade de ingerência probatória. Nada obstante, na seara do processo de execução penal, a própria iniciativa acusatória¹⁰ ainda é objeto de prática pelo juiz da execução que, ao fim, será também o julgador.

Dado esse quadro, não se pode tapar os olhos para práticas de ofício que, apesar de não condizerem com a iniciativa da persecução criminal própria do processo de conhecimento, tem potencialidade de culminar, por vezes, em consequências no direito de liberdade tão ou mais gravosas que as de uma ação penal.

Por exemplo, apenado condenado à pena privativa de liberdade de dez anos de reclusão em regime inicial fechado, como incurso em crime sujeito ao fator de 40% de cumprimento da pena para progressão de regime, após cumprir quatro anos, progride para o regime semiaberto. Transferido há uma semana ao regime semiaberto, o juiz da execução é informado pelo juízo de custódia sobre a ocorrência de nova prisão em flagrante delito pelo crime de ameaça, e que fora deferida liberdade provisória. O juiz da execução – e aqui sem se ater à discussão acerca da medida cautelar de regressão de regime como consectário do poder geral de cautela aplicado no processo penal – além de decretar a regressão cautelar de regime, expedindo mandado de prisão ao regime fechado, avança, e, de ofício, instaura incidente processual de apuração de falta disciplinar de natureza grave, cumulado com incidente de regressão de regime.

Nesse exemplo, as consequências potenciais podem resultar (sem prejuízo a eventual pena cominada máxima de seis meses de detenção que possa ser imposta no juízo do processo de conhecimento), além dos quatro anos anteriormente cumpridos em regime fechado, no retorno a tal regime mais gravoso de cumprimento de pena, por aproximadamente mais 28 meses.

Outro exemplo: quando o juiz da execução é informado de que determinado condenado, cumprindo pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, consistente em prestação de serviço à comunidade, não a cumpriu, e, de ofício, instaura procedimento incidental que visa à conversão da pena restritiva em privativa de liberdade.

Esses, entre diversos outros casos análogos, se avolumam na prática judiciária dos processos de execução penal, instaurando o julgador de ofício incidentes com aptidão de repercussão negativa no direito de liberdade do sujeito, fato que, objetivamente, macula a imparcialidade.

Para Lima (2019, p. 41): “sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1)”.

No mesmo sentido, e precedente à ordem jurídica atual, já prelecionava Afrânio Silva Jardim (1985, p. 100-108):

Ao órgão jurisdicional deve-se reservar, de forma exclusiva, a nobre função de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, ficando equidistante dos interesses em conflito porventura existentes no processo. O juiz somente pode desempenhar sua atividade propriamente jurisdicional após o exercício da demanda, que pressupõe um processo de partes: *ne procedat iudex ex officio* e os seus consectários lógicos.

Ainda quanto à imparcialidade exigível do julgador, Lopes Jr. (2015, p. 44-45):

Entendemos que a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório.

Consequência disso, não há como se ter por válida, na ordem constitucional vigente, interpretação acerca do art. 195 da LEP que admite como hígida a instauração de ofício pelo juiz de procedimentos incidentais em execução com aptidão de recrudescer a situação ambulatorial do sujeito. Ao assim proceder, tal atuação judicial afronta, além do sistema processual acusatório, o que é pressuposto ao princípio do juiz natural, art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, a imparcialidade. Há muito tempo já se critica a confusão daquele investido de jurisdição no desempenho do papel reservado à sua função, como assevera Antonini (1973, n. p.):

A garantia de imparcialidade no julgamento não decorre de que a decisão seja proferida por um juiz: mas de que o juiz, integrando um organismo independente, seja absolutamente alheio à lide que vai julgar.

O Poder Judiciário, portanto, exhibe hoje essa peculiaridade, perante os dois outros ramos do poder público: a neutralidade, no exercício de sua função específica, lhe é essencial, diz com a sua razão de ser de tal forma que, privado dessa característica, no sistema de separação de poderes, o Poder Judiciário deixa de existir, ou subsiste apenas nominalmente, confundido, em realidade, com o Poder Executivo [...].

Em última análise, a imparcialidade do julgador constitui-se em qualidade indissociável do princípio da inafastabilidade da jurisdição que, por sua vez, consiste em direito e garantia fundamental inderrogável de qualquer pessoa (Silva, 2020). Portanto, dado o caráter subordinante, a interpretação da norma no sentido de admissão da iniciativa judicial é inquinada de invalidade no contraste à ordem constitucional vigente, pois “os valores, os fins públicos e os comportamentos

contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (Barroso, 2007, p. 129-173).

Em uma situação específica ao Direito de Execução Penal, exemplificativa ao recorte deste trabalho, Rodrigo Roig (2018, p. 464-465) afirmou a não recepção da instauração do incidente de revogação do livramento condicional de ofício:

Segundo a LEP, a revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado (art. 143). Esse artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 no trecho em que admite a revogação de ofício pelo Juiz. Em um Estado Democrático que preza pela imparcialidade do Juízo, pelo contraditório, devido processo legal e pelo princípio acusatório, não pode ser franqueado ao Juiz da execução operar de ofício em desfavor do condenado.

Por fim, dada a carência de atenção específica ao tratamento da execução penal, é oportuno conjugar o ensinamento de Roig (2018, p. 31), “de que jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos”, com o de Divan (2015, p. 149), de que “não se pode é ter uma visão da instrumentalidade processual que autorize a superexpansão da atuação jurisdicional com base em predicados (e noções de eficiência) equivocados”, a fim de rechaçar práticas processuais antidemocráticas no âmbito do processo de execução que, por extirpadas de possibilidade no plano abstrato da ordem jurídica vigente, sequer mais encontram paralelo na prática do processo de conhecimento, reafirmando a indivisibilidade dos direitos fundamentais e, assim, sedimentando a efetiva jurisdicionalidade da execução penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escasso tratamento específico da matéria de execução penal na doutrina nacional em contraste às outras áreas “mais tradicionais” constituiu-se a um só tempo adversidade à realização da pesquisa e estímulo para a contribuição científica, principalmente em relação às questões menos óbvias, mas não menos importantes no desenvolver da execução penal, reclamando sintonia da prática judicial à nossa opção político-jurídica instituída na Constituição Federal. Desse modo, concebe-se a amplificação do tratamento acadêmico acerca dos fluxos dessa sublime opção também no seio da execução penal como fator de suma importância.

Longe do esgotamento do objeto em questão, a discussão atingiu os objetivos propostos. Acerca dos objetivos específicos, constituem-se antes de tudo em fatores instigatórios e fomentadores à ampliação do debate científico do Direito de Execução Penal, mais especificamente no seu aspecto processual, à luz da supremacia do arcabouço constitucional. A respeito do objetivo geral, concernente à investigação da dimensão de compatibilidade interpretativa do art. 195 da Lei de Execução Penal em face dos ditames da ordem constitucional, também foi alcançado.

Foi passível de constatação que, a despeito da transição pela nossa ordem jurídica da concepção administrativista da execução penal para a jurisdionalização, tendo por marco jurídico fundamental o advento da Lei de Execução Penal, a prática pretoriana não acompanhou o rompante

paradigmático, ainda se efetivando sob vieses reacionários. O escopo almejado, pautado na matriz humanista e reforçado no paradigma constitucional de 1988, não foi suficiente para a introjeção do tratamento processual judicial em conformidade integral aos comandos emergentes daquela. Nesse sentido, se por um lado, no plano positivo, ficou reconhecido que a relação de especial sujeição não acarreta o afastamento dos direitos fundamentais, senão ao máximo no limite das condições ínsitas ao cumprimento do cerceamento da liberdade ambulatorial, por outro, no plano prático, tal reconhecimento não é reverberado com igual correspondência.

É verificável que a compreensão da parte como sujeito participante da relação processual ainda contrasta com **episódios de apagão** do caráter de inafastabilidade dos direitos fundamentais, culminando na normalização do tratamento processual daquela como objeto do processo. Isso se dá na medida em que é afastada a incidência de garantias processuais fundamentais não inerentes à condição peculiar do cerceamento da liberdade. Como consequência, são violadas as garantias emanadas da Carta Maior, correspondentes ao sistema processual acusatório, guardadas suas especificidades em relação ao processo de conhecimento e, notadamente, a imparcialidade do julgador, tida como escopo fundamental da natureza desse sistema e também pressuposto qualificador da jurisdição.

Portanto, sem descurar em reconhecer especificidades afetas ao processo de execução penal, caracterizado por grande espaço de iniciativa ao próprio julgador, concluiu-se, à luz da Constituição Federal, pela inadmissão da interpretação do cabimento de hipóteses ilimitadas para oficiosidade judicial. O procedimento principal e ainda seus respectivos processamentos, no sentido de cumprir o comando constitucional da individualização da pena, como também a iniciativa no procedimento incidental que objetiva a melhoria na situação jurídica libertária da parte, não apenas admitem tal iniciativa oficiosa como a demandam na ausência de iniciativa de outrem. E assim é porque, nessas hipóteses, condizem exclusivamente com a exata medida do mandamento superior da individualização da pena, densificado pelo sistema legal progressivo de cumprimento, por sua vez, consistente e efetivado na transferência de regime de cumprimento ou situação mais gravosa ao direito de liberdade ambulatorial para regime ou estado com condições menos limitadoras, verificadas no curso do processo paulatino reconstituente da dimensão de exercício desse direito fundamental até integral restabelecimento ao final.

Por outro lado, em casos diversos, a instauração do procedimento incidental, como verdadeiro incidente em execução penal (considerada a diferença técnica entre o incidente processual e a denominação corriqueira em que o termo é empregado), sob fundamento da interpretação irrestrita do art. 195 da Lei de Execução Penal, não é admissível, pois tratar-se-ia de interpretação não recepcionada pela ordem jurídica inaugurada em 1988, não resistente à necessária filtragem constitucional.

Assim, objetivando a preservação dos cânones atinentes ao sistema acusatório e à imparcialidade do julgador e, por fim, um processo mais democrático, propõe-se, nestas hipóteses, por interpretação analógica aos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal e art. 41 do Cód-

go de Processo Penal (Brasil, 1941), que seja encarregado com exclusividade o Ministério Público da formalização da peça processual idônea à provocação da jurisdição, à semelhança da denúncia no processo de conhecimento, cujo teor da exordial incidental torna-se o quadrante limitado ao qual a defesa concentra suas forças em contraditório e o julgador estará adstrito para a prestação jurisdicional com a imprescindível imparcialidade.

NOTAS

- ¹ A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 1984, com período de *vacatio legis* estatuído por remissão e em concomitância com o previsto para a vigência da Lei nº 7.209 (Brasil, 1984b) (que alterou a Parte Geral do Código Penal, também de 11 de julho de 1984 e publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 1984), fixada em seis meses a partir da publicação, na forma do art. 5º desta.
- ² A exposição de motivos à Lei de Execução Penal (Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983) destaca, entre outros, como motivadores à propositura da inovação legal, a regulação no plano normativo em compasso com o estágio do reconhecimento paulatino da autonomia científica da matéria (item 8), apresentando, por conseguinte, sugestão da sua designação por Direito de Execução Penal (item 9), aduzindo como superada a concepção histórica do caráter meramente administrativista da execução penal (item 10).
- ³ Conforme Shimizu (2019), prevalece na jurisprudência o entendimento de que algumas funções previstas nos incisos VI a IX do art. 66 da LEP, mesmo praticadas por juiz de direito competente da execução penal, não teriam a natureza de provimento jurisdicional, tratando-se do exercício de função administrativa na qualidade de corregedoria dos presídios.
- ⁴ A relação especial de sujeição ou, por outro ângulo, relação especial de poder, entre Estado e indivíduo, demanda a “compreensão que estamos diante de uma situação onde de antemão se percebe que há uma relação desigual” e diversa daquela “no campo das relações gerais do homem em sociedade”, originada de liame subjetivo peculiar preconcebido (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 69, p. 86-109, out./dez. 2009).
- ⁵ Sobre a relação de especial sujeição no cumprimento da pena, ver também Savio Guimarães Rodrigues. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 911, p. 207-239, set. 2011.
- ⁶ Valiosa a transcrição da distinção entre incidente processual, questão incidental e procedimento incidental, elaborada por Fernandes (1994, p. 35-36): “É preciso distinguir entre três figuras jurídicas: o incidente processual, a questão incidental e o procedimento incidental, tendo havido grande confusão a respeito delas.

A idéia central é a de questão incidental, tendo havido grande confusão a respeito deles.

A idéia central é a da questão incidental, base para a fixação dos outros dois conceitos.

Questão é o ponto duvidoso ou controvertido. Pode haver questão relativa ao direito de ação, questão de ordem processual e questão de mérito.

Questão incidental, por outro lado, é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. É acessória em relação à questão principal, pois depende de que haja processo para existir. Constitui ademais um ‘acidente’ no percurso processual, pois produz mudanças no seu trajeto, ao exigir para sua resolução a prática de novos atos, diversos dos que eram previstos para a sua normal tramitação. Dessa forma, é essencial para uma questão ser incidental que ela ocasione alguma alteração no desenvolvimento do processo, seja um alongamento do procedimento principal, seja a instauração de um procedimento colateral. A questão incidental será o objeto de conhecimento do Juiz, a matéria a ser resolvida. A alteração no processo constituirá ou o ‘incidente’ ou o ‘procedimento incidental’.

A questão incidental pode levar, portanto, ao surgimento de ‘momento novo’ no processo para a sua solução, sem necessidade de instauração de um procedimento colateral. O incidente constitui esse momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na sequência procedimental, e que serve para a decisão da questão incidental ou, às vezes, tão-somente para o exame dos pressupostos de admissibilidade da questão incidental.

Por outro lado, pode ocorrer que, para a resolução da questão incidental, haja necessidade de procedimento outro, constituído de nova série de atos ou fases, e que se forma ao lado do procedimento principal. Corresponde ao procedimento incidental”.

- ⁷ Acerca do humanismo a partir de Hobbes, Rousseau e Montesquieu como introito, e, sobretudo, do humanismo jurídico afeto à abordagem específica deste trabalho, ver António Francisco de Sousa (2018, p. 33-53).
- ⁸ A partir desse ponto, é importante chamar a atenção do leitor, destacando que, até aqui, tratou-se acerca do sistema acusatório como ordinariamente se discute, inclusive na doutrina, restritivamente ao processo de conhecimento. No entanto, para que não passe despercebido, é imperioso apontar que o processo de execução penal, na forma do art. 2º da LEP, é complementado pelas disposições do Código do Processo Penal e, com a Constituição Federal em patamar de supremacia a ambos, deve também ser jungido da axiologia constitucional respectiva.
- ⁹ Conforme denominação expressada na Lei de Execução Penal.
- ¹⁰ Termo empregado em sentido lato, não condizente com a peça formal pela qual se propõe a instauração de ação penal (por denúncia ou queixa-crime), mas ato correlato e formal para instauração do procedimento incidental.

REFERÊNCIAS

- ANTONINI, José Roberto. Separação de poderes e processo inquisitório: incompatibilidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 62, n. 451, p. 330-336, maio 1973.
- AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018. 483 p.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1118 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2022.
- BRASIL. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 213, de 9 de maio de 1983. Exposição de motivos da Lei de Execução Penal. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. LEI Nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1984b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art7. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. LEI Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1984a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. RESOLUÇÃO Nº 113, de 20 de abril de 2010. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. 73, p. 3-7, 26 abr. 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_113_20042010_25032019153433.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 414 p.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667 p.
- BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. Reserva de lei e execução penal: quando a jurisprudência benéfica *prima facie* se volta contra o condenado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 235-255, dez. 2018.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. 478 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 619 p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496915/RIL183.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 set. 2022.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. 571 p.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. **Justitia**, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 790 p.
- FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2011 v. 5, p. 467-492.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução penal**: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1987. 133 p.
- JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um processo penal democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 100-108, out./dez. 1985.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. 1903 p.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1148 p.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 288 p.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 376 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 1592 p.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A teoria das restrições dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 17, n. 69, p. 86-109, out./dez. 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1053 p.
- NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 318 p.
- PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de execução penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 416 p.
- RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 288, p. 21-52, fev. 2019.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.
- RODRIGUES, Savio Guimarães. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 911, p. 207-239, set. 2011.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 638 p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020. 936 p.
- SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 152, p. 19-64, fev. 2019.
- SOUSA, António Francisco de. Bases humanistas do estado de direito democrático. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 33-53, set./out. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3369/pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1151 p.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 173 p.
- VELOSO, Zeno. **Controle de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 413 p.
- WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 379-412, maio/jun. 2015.