

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CRISTINA VICTOR GARCIA

O direito fundamental à razoável duração do processo
na execução penal brasileira

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CRISTINA VICTOR GARCIA

O direito fundamental à razoável duração do processo
na execução penal brasileira

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, subárea Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

São Paulo

2021

Garcia, Cristina Victor
O direito fundamental à razoável duração do
processo na execução penal brasileira /
CristinaVictor Garcia. -- São Paulo: [s.n.], 2021.
125p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Razoável duração do processo. 2. Execução penal.
3. Tempo. 4. Limitação temporal do poder. I.
Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CRISTINA VICTOR GARCIA

O direito fundamental à razoável duração do processo

na execução penal brasileira

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, subárea Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (Orientador)

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a). Dr (a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a) Dr (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico esta pesquisa ao meu avô, Henrique Vitor, pelo exemplo de dedicação e esforço, por demonstrar que o limite é o que colocamos como meta e por acreditar no Direito como ciência capaz de modificar a realidade. De onde estiver, vô, que você se orgulhe das portas que, sem querer, abriu para o meu caminhar...

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que sempre apoiaram as minhas decisões, acreditando que eu poderia alcançar tudo aquilo que sonhasse, por mais distante que parecesse estar, e por incentivarem o estudo como meio para o crescimento, não medindo esforços para fornecer o melhor que podiam, além do amor incondicional que sempre demonstraram à família, sendo o meu exemplo a ser seguido.

Aos meus queridos e queridas professoras que, ao longo da minha vida, sempre se dedicaram para que o ensinar não se limitasse à transmissão de conhecimento, mas fizesse parte de uma troca de experiências e de conteúdo, enxergando na educação o único caminho para dias melhores.

Aos meus amigos e amigas, família que escolhi com o auxílio do destino, por entenderem os momentos de ausência e silêncio no processo de construção desta dissertação, aceitando todos os difíceis “nãos” que precisei falar.

Aos meus colegas do mestrado por dividirem comigo as angústias de cada etapa, em especial à amiga Júlia Baroli Sadalla, por me ouvir incansavelmente e sempre estar disponível, demonstrando um carinho imenso e genuíno.

Aos defensores e defensoras públicas lotadas na Unidade Execução Criminal da Capital, especialmente a Ana Carolina Franzin Bizzarro, amiga, colega e confidente, exemplo de seriedade e dedicação, que diariamente divide comigo as indignações frente às dificuldades encontradas no exercício do direito de defesa dos excluídos.

Aos meus assistidos e assistidas (e seus familiares), por serem a minha motivação na busca de soluções jurídicas a um dos temas mais tormentosos do trabalho daqueles que atuam nos processos de execução penal.

Ao meu orientador, Professor Gustavo Junqueira, por ter generosamente me acolhido na pós-graduação e, desde o início, acreditado no desenvolvimento do projeto, compartilhando das mesmas aflições apresentadas, sempre disposto a contribuir e tornar realidade a intensificação do conhecimento científico em torno da execução penal brasileira.

Ao meu amor, meu marido João Henrique Imperia Martini, pessoa essencial no meu caminhar e sem a qual eu jamais teria iniciado esta jornada, pessoa que me encoraja todos os dias na busca do meu melhor, enchendo de emoção a minha racionalidade. Agradeço cada minuto sonhado comigo neste crescimento e pela paciência durante todo o processo. Espero que o resultado seja compensador.

A todos e todas que, de alguma forma, acreditaram neste projeto.

*Será que é tempo que lhe falta pra perceber
Será que temos esse tempo pra perder
E quem quer saber
A vida é tão rara, tão rara*

*Mesmo quando tudo pede um pouco mais de calma
Mesmo quando o corpo pede um pouco mais de alma
Eu sei, a vida não para
A vida não para não”*

(Paciência – Lenine)

RESUMO

Todo processo judicial é construído com base na ideia temporal de sequencialidade. No entanto, a instrumentalização do tempo pelo Direito, reduzindo-o ao conceito de tempo meramente cronológico, em especial quando se trata do processo de execução penal, constrói-se a partir de premissas incompletas. Se o tempo não é estanque, pois está diretamente relacionado com o espaço e com as experiências individuais trazidas por cada pessoa, o Direito precisa tratar o tempo de cumprimento de pena como tempo de sofrimento imposto pelo Estado e, ao regulamentar o processo de execução, traçar limites claros, cujos contornos se fundamentam no direito fundamental à razoável duração do processo.

A ausência de tipicidade formal do processo de execução, por afastar a noção de sequencialidade, na prática, parece inviabilizar a eficácia da razoável duração, permitindo, de forma equivocada, a atuação livre e ilimitada do Estado-Juiz, no que tange ao tempo processual. Contudo, o reconhecimento do direito fundamental em questão, ainda que tenha ocorrido antes da sua positivação na Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 45/2004), com esta ganhou reforço na perspectiva da execução penal, porque estabeleceu a sua aplicação a todos os processos judiciais, vinculando os poderes constituídos.

A execução penal brasileira, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ser relida com a ótica do direito fundamental à razoável duração do processo, prevendo-se consequências objetivas (endo e extraprocessuais) nas hipóteses de sua violação para que o tempo de sofrimento da pena imposto pelo Estado não seja novamente por ele incrementado para além daquele determinado na sentença penal condenatória.

Para tanto, identificou-se o prazo razoável para a análise judicial de cada direito de execução penal com a correspondente consequência endoprocessual, bem assim as consequências extraprocessuais, de modo a aplicar o direito fundamental à razoável duração do processo na execução penal e limitar, por corolário, o poder punitivo estatal no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Razoável duração do processo; Execução penal; Tempo; Limitação temporal do poder.

ABSTRACT

Every judicial process is established based on the temporal idea of sequentiality. However, the operationalization of time by Law, restricting it to the concept of merely chronological time, especially when it comes to the sentence execution proceedings, is devised relying on incomplete assumptions. If time is not fixed, as it is directly associated to the space and the individual experiences brought by each person, the Law needs to treat the time of serving a sentence as a time of suffering imposed by the State and, when regulating the sentence execution, draw clear limits, whose boundaries are substantiated by the fundamental rights to the reasonable length of proceedings. The absence of formal definition of crime in the execution proceedings by withdrawing the notion of sequentiality, seems, in practice, to make the effectiveness of reasonable length unfeasible, wrongly allowing the free and unlimited action of the State-Judge, with regard to procedural time. Nevertheless, the recognition of the fundamental right in question, even though it had taken place before its inclusion in the Federal Constitution (Constitutional Amendment n. 45/04), gained ground from the perspective of sentence execution because it demanded its application to all court cases, binding constituted powers.

Within the context of the rule-based democracy, the Brazilian sentence execution must be revisited from the perspective of the fundamental right to a reasonable length of the proceedings. Objective consequences (both in- and extra-procedural) can be expected in the event that its violation may result in that the time of execution of sentence imposed by the State is not increased again, beyond to what was set forth in the judgement.

To this end, a reasonable period for an appeal of each criminal execution with in- and extra procedural consequences was identified, in order to apply the fundamental right to the reasonable length of the proceedings in sentence execution and limit, as a result, the punitive power of the State in the imprisonment.

Keywords: Reasonable length of the proceedings; Sentence execution; Time; Temporal limitation of power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	15
1.1 Aspectos históricos	15
1.2 Natureza jurídica	25
1.2.1 Direito-garantia fundamental	25
1.2.2 Princípio ou regra	30
1.3 Conceito	32
1.3.1 Razoável duração do processo	33
1.3.2 Razoável duração no processo penal	35
2 O TEMPO COMO ELEMENTO DA PENA DE PRISÃO	42
2.1 A prisão como eixo temporal da pena	42
2.2 Breves considerações acerca do tempo	51
2.3 O tempo e o Direito	53
2.4 O tempo na execução penal	57
3 VIOLAÇÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO (MAIS UM) ELEMENTO DESLEGITIMADOR DAS FINALIDADES DA PENA	61
3.1 Finalidades da pena	61
3.2 Da ausência de sistematização e padronização do processo de execução penal	67
3.3 Práticas processuais da execução penal violadoras da razoável duração do processo	75
3.3.1 O abuso do exame criminológico	75
3.3.2 Da data-base para a progressão de regime	83
3.3.3 Da indevida criação de requisitos judiciais para a obtenção do indulto e da comutação	88
4 DEFINIÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PARA A SUA VIOLAÇÃO	91
4.1 Prazo razoável no processo de execução penal	91
4.1.1 Prazo razoável para os direitos de progressão de regime e livramento condicional	93
4.1.2 Prazo razoável para indulto, graça e anistia	99
4.1.3 Prazo razoável para os demais incidentes da execução penal: remição e comutação, procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar e saída temporária	101
4.1.3.1 Prazo razoável para remição e comutação de penas	101
4.1.3.2 Prazo razoável para decisão judicial em procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar	103
4.1.3.3 Prazo razoável para saída temporária	104
4.2 Consequências da violação do prazo razoável na execução penal	105
4.2.1 Consequências endoprocessuais	106
4.2.1.1 Consequências da violação do prazo razoável nos incidentes de progressão de regime e livramento condicional	106

4.2.1.2 Consequências da violação do prazo razoável nos incidentes de indulto, graça e anistia	107
4.2.1.3 Consequências da violação do prazo razoável nos demais incidentes da execução penal: remição e comutação, procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar e saída temporária	108
4.2.2 Consequências extraprocessuais	109
4.2.2.1 Reparação civil	109
4.2.2.2 Abuso de autoridade	111
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Alcançado o lapso exigido legalmente para a progressão de regime (aliado ao bom comportamento carcerário da pessoa apenada), e não tendo ela usufruído do direito naquele prazo, por atraso na prestação jurisdicional, seria possível falar-se em violação à razoável duração do processo na execução penal? O exemplo prático apontado leva justamente às perguntas que a presente pesquisa pretende responder: como se aplica o direito fundamental à razoável duração do processo no âmbito da execução penal e quais as possíveis consequências para sua violação?

O processo de execução penal não segue formas ou procedimentos pré-determinados. É dizer, não há tipicidade procedimental. Há inúmeros incidentes e ocorrências que surgem no decorrer do cumprimento da pena de uma pessoa condenada. A ausência de previsão legal de uma sequência concatenada de atos para a execução criminal acaba por transformar o seu andamento e a consequente análise dos “benefícios” – melhor definidos, inclusive, como “direitos” – dos apenados, algo que, por vezes, acaba por agravar a própria intensidade do cumprimento da pena. Em outras palavras, parece que o processo de execução e a frustração de expectativas por ele gerada são aceitos como agravantes de uma pena já fixada, entendendo-os como parte dela integrante.

Entretanto, embora não se identifique a padronização dos fluxos do processo de execução como um todo e, portanto, não haja prazos legais delimitados para a instauração (e, consequentemente, análise) dos seus incidentes, não se entende como possível que o processo de execução se furte à razoável duração do processo, especialmente ao se considerar que após a Emenda Constitucional n. 45/2004, houve a sua internalização ao rol de direitos e garantias fundamentais, passando a adquirir, também, o *status* formal de norma constitucional: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nesse sentido, é evidente que o direito fundamental à razoável duração do processo foi assegurado para ser observado em todos os processos, judiciais ou administrativos, independentemente da matéria sobre a qual versam. Mas, apesar de o direito em comento não ter a sua aplicação limitada a uma determinada espécie de processo, grande parte da doutrina brasileira, ao abordar o tema na esfera criminal, se limita a aprofundar a sua abordagem tão somente ao processo de conhecimento e, notadamente, com enfoque nas implicações de sua não observância no que se refere à prisão cautelar. É dizer, nada ou muito pouco é pesquisado sobre a sua aplicação no âmbito da execução penal. Assim, entendendo que se trata de uma

garantia muito mais ampla e que extravasa os limites do processo de conhecimento e de eventual prisão cautelar, mostra-se relevante direcionar o estudo do tema também para a execução da pena. Reitera-se a indagação que permeará todo o estudo: como se aplica o direito à razoável duração do processo no âmbito da execução penal?

O desafio ao se tratar do processo de execução da pena – no qual a prisão é cumprimento de sanção já imposta pelo Estado – seria identificar o prazo razoável para a análise dos pedidos de concessão de direitos, bem como a consequência pela violação deste direito fundamental. Justamente pela ausência de uma única padronização de forma e pela flutuação (até natural) que referida ausência concatenada de atos imprime ao processo de execução, muitos poderiam afirmar que não há como se aplicar de forma efetiva o direito à razoável duração do processo. Aqui, entende-se por ausência de padronização o fato de que cada juízo, em cada comarca, na prática, adota um tratamento próprio para os processos que nele tramitam por ausência de rito legal; por flutuação, entendem-se as movimentações dos incidentes, sem sequência pré-definida – temas que serão abordados no decorrer do trabalho.

Considerando que a Lei de Execução Penal exige o cumprimento de determinado lapso temporal para que a pessoa presa possa requerer os direitos nela previstos, desde já, não parece ser razoável que ela permaneça muito mais tempo presa do que o determinado na legislação para ter, por exemplo, os seus pedidos de progressão de regime, de livramento condicional e de indulto apreciados. Apenas como um paralelo, como se sabe, no processo de conhecimento, a consequência, caso haja prisão cautelar decretada, é a sua revogação (ou relaxamento). O mesmo se afirma em relação aos pedidos de comutação e remição que irão acarretar a diminuição do tempo de cumprimento da pena, os quais também devem ser apreciados em tempo razoável. E mais, independentemente de existir interferência direta na quantidade ou na forma de cumprimento da pena, os incidentes do processo de execução pela sua simples instauração geram expectativas quanto a um futuro pronunciamento judicial.

Assim, esta dissertação parte do pressuposto de que não há ressalvas na previsão do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, de modo que a razoável duração do processo – que é um verdadeiro direito fundamental – também é de observância obrigatória no âmbito do processo de execução penal, restando perquirir as implicações de seu descumprimento. Embora a execução da pena deva ser adequada às possíveis ocorrências e incidentes surgidos no decorrer do seu cumprimento, o processamento e a análise dos direitos dos apenados devem observar a garantia do tempo razoável e, ao final, será preciso identificar as consequências jurídicas, endoprocessuais e extraprocessuais, da violação ou inobservância do direito fundamental à

razoável duração do processo de execução penal, ainda não balizadas pela jurisprudência e pela doutrina.

Acredita-se que, ao se encontrar respostas jurídicas que justifiquem e modulem a aplicação da razoável duração ao processo de execução penal, a sua tramitação e análise dos pedidos formulados em seu bojo se darão de forma mais célere, com potencial para contribuir, ao menos um pouco, para a redução do “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro (Medida Cautelar na ADPF 347, Supremo Tribunal Federal).

Para tanto, o primeiro capítulo se dedicará a discorrer sobre a origem, a natureza jurídica e a previsão, tanto no direito doméstico quanto no direito internacional, da razoável duração do processo, extraíndo-se o conceito esperado dentro do processo penal.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará do tempo como elemento da pena, demonstrando que o tempo cronológico não se confunde com o tempo de cumprimento da pena de prisão, dada a sua relatividade. Demonstrar-se-á que, a partir do momento em que o tempo integra o próprio castigo em si, ele deve ser limitado (com balizas sancionatórias), de modo a evitar que o Estado adquira também o poder de controlar eventual acréscimo ou diminuição de sofrimento na pessoa condenada com a manipulação do tempo, considerando que ela já foi devidamente julgada e possui uma pena definida a cumprir. É dizer, não pode haver espaço para que ao Estado, na fiscalização do cumprimento de uma pena por ele imposta, sacrifique ou dificulte a obtenção de novos direitos, os direitos de execução da pessoa presa.

O terceiro capítulo pretende comprovar, por meio da análise das mais relevantes práticas corriqueiras e entraves burocráticos no âmbito da execução penal, que a violação à razoável duração do processo, especificamente no âmbito da execução penal, é mais um motivo deslegitimador das finalidades da pena, de maneira que se faz necessária a previsão de consequências para referida violação como garantia de não excesso no seu cumprimento.

Por fim, no quarto e último capítulo, será proposta a aplicação efetiva do direito à razoável duração do processo no processo de execução penal, definindo-se, por meio de atividade interpretativa, o prazo para a análise dos seus incidentes e dos direitos das pessoas encarceradas, desenvolvendo-se consequências processuais e extraprocessuais pela sua inobservância.

A metodologia utilizada nesta pesquisa será hipotético-dedutiva. Serão construídas premissas acerca do direito à razoável duração do processo, bem como acerca do efeito do tempo no cumprimento da pena privativa de liberdade, por meio da análise bibliográfica de autores renomados, tanto no âmbito nacional, quanto internacional, ou que já se debruçaram

sobre a temática, a fim de se buscar consequências lógicas e viáveis visando alcançar a sua máxima aplicação na execução penal.

1 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O processo, enquanto atividade estatal gerenciada pelo Poder Judiciário e voltada para a solução de um litígio, possui regras próprias que causam constrangimento às partes, impondo-lhes ônus. Como toda atividade estatal em um Estado Democrático de Direito, o processo deve observar os direitos e garantias fundamentais, como limitadores do poder, a fim de que os ônus e constrangimentos gerados não sejam excessivos. Desta forma é que a razoável duração do processo se afigura como contenção do Estado-Juiz no tempo, prestigiando a sua finitude e a busca por uma solução eficiente do conflito, conceito intrinsecamente relacionado à ideia de celeridade.

1.1 Aspectos históricos

Inicialmente, faz-se necessário afirmar que não se desconhece o entendimento da doutrina de direitos humanos no sentido de que não há que se falar em nascimento de direitos humanos, mas sim, em reconhecimento de sua conquista¹. Desta forma, sempre que se indicar termos referentes a nascimento ou origem não será com o objetivo de confrontar o mencionado entendimento, mas tão somente como forma de possibilitar a indicação da conquista do direito em análise pelas normas surgidas no decorrer dos anos.

O direito inglês e o direito norte-americano foram os berços do direito à razoável duração do processo. Seu primeiro esboço teria surgido no *Assize of Clarendon*, no ano de 1166², o qual previa que se os homens da Justiça do condado não pudessem apresentar os roubadores ou assassinos com rapidez, os xerifes deveriam enviar uma mensagem aos homens do condado mais próximo³.

¹ Nesse sentido, afirma: “o uso da expressão “direito natural” revela a opção pelo reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza do homem. Esse conceito e terminologia foram ultrapassados ao se constatar a *historicidade* de cada um destes direitos, sendo os direitos humanos verdadeiros direitos “conquistados””.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 54.

² A esse respeito, ver: ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 29.

³ “4. And when a robber or murderer or thief, or harbourers of them, shall be taken on the aforesaid oath, if the Justices shall not be about to come quickly enough into that county where they have been taken, the sheriffs shall send word to the nearest Justice through some intelligent man, that they have taken such men; and the Justices shall send back word to the sheriffs where they wish those men to be brought before them: and the sheriffs shall bring them before the Justices. And with them they shall bring, from the hundred or township where they were taken, two lawful men to bear record on the part of the county and hundred as to why they were taken; and there, before the Justice, they shall do their law.”

ASSIZE of Clarendon, 1166. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>. Acesso em: 12 jun. 20. Tradução livre: “4. E quando um assaltante, ou assassino, ou ladrão, ou quem os acoberta, for prestar o juramento supracitado, se os juízes não estiverem prestes a comparecer, com a rapidez necessária, para o

No entanto, o principal documento inglês precursor do que se construiu como o direito fundamental à razoável duração do processo foi a Magna Carta de 1215⁴, ao trazer indicativos de preocupação com a celeridade processual, prevendo nas cláusulas 40 e 61⁵ que o direito à justiça não deve ser postergado e que qualquer violação deve ser corrigida imediatamente, sob pena de no prazo de 40 dias a transgressão ser exposta a todos os barões representantes e à comunidade da terra para resolvê-la com todos os meios possíveis até que o mal seja reparado. Importante entender a Magna Carta, nos dizeres de Fábio Konder Comparato, como “pedra angular para a construção da democracia moderna⁶”, modelo em que o governo é representativo, e age com poderes limitados e respeito às liberdades individuais. A razoável duração do processo teria sido gestada no nascimento das liberdades individuais, representando um valor a ser perseguido como forma de limitar o arbítrio estatal até então realçado.

Na sequência, outro documento inglês importante para edificar o atual direito à razoável duração do processo foi a lei do *Habeas Corpus* de 1679⁷. A matéria por ela tratada, por si só, já está inteiramente voltada às situações de ilegalidade da prisão, dentre elas, sem dúvida, a violação à razoável duração do processo, mas, para além disso, a justificativa apresentada para a criação do *Habeas Corpus* apontou problemas exatamente com o excesso de prazo na prisão cautelar, em hipóteses passíveis de arbitramento de fiança, o que gerava “grandes ônus e

condado onde eles foram levados, os delegados devem avisar ao juiz mais próximo, por meio de algum homem ponderado, que esses homens foram levados; e os juízes enviarão uma resposta aos delegados, onde desejam que esses homens sejam apresentados; e os delegados devem apresentá-los aos juízes. E junto com eles trarão, dentre os da centena ou do distrito para onde foram levados, dois homens idôneos da parte do condado e da parte dos cem, para testemunharem o motivo pelo qual (os bandidos) foram apanhados; e ali, perante o juiz, executarão a sua lei”.

⁴ A esse respeito, ver: ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 31.

⁵ “40. O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado. [...] 61. [...] se nós, ou nossos juízes, bailios, ou qualquer de nossos servos transgredir qualquer destas cláusulas de paz e segurança, e a transgressão for notificada a quatro dos supramencionados vinte e cinco barões, esses quatro barões virão à nossa presença, ou perante os nossos juízes se estivermos fora do reino, e, expondo a transgressão, requererão que ela seja imediatamente corrigida. E se não a corrigirmos, ou se estivermos fora do reino e a nossa justiça não a corrigir dentro de quarenta dias, [...] os mencionados barões exporão a causa aos restantes daqueles vinte e cinco barões, e estes, juntamente com a comunidade da terra (*communa tocius terre*), poderão embargar-nos ou atacar-nos por todas as maneiras ao seu alcance, notadamente, pela penhora de castelos, terras e propriedades, por todos os meios possíveis, sem prejuízo da incolumidade de nossa pessoa e das pessoas de nossa rainha e de nossos filhos, até que, segundo seu parecer, tenha sido reparado o mal; e assim que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 97-98.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 92.

⁷ A esse respeito, ver: ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 34.

vexames”⁸. De se notar, desde já, que não é atual a discussão acerca do abuso na decretação ou manutenção das prisões.

Por sua vez, os primeiros documentos norte-americanos que integram o nascedouro da razoável duração do processo enquanto norma são o *Frame of Government of Pennsylvania*, de 1682, e a *Virginia Declaration of Rights*, de 1776⁹. No Quadro de Governo da Pensilvânia, houve preocupação panorâmica com uma Justiça célere e administrada com rapidez, por meio de processos curtos¹⁰. Já na Declaração de Direitos da Virgínia, houve menção expressa ao direito a um julgamento rápido, ao lado de outras garantias fundamentais à ampla defesa – como ciência do imputado da acusação que lhe recai; a identificação de quem o acusa da prática de crime e de eventuais testemunhas; a produção de provas e a imparcialidade do júri¹¹. Aqui, a razoável duração do processo já ganhava contornos de direito fundamental intrínseco à ampla defesa, a ser observado pelo Estado-Juiz.

Em seguida, em 1791, os Estados Unidos elevaram o patamar de afirmação do “direito a um julgamento rápido”, prevendo-o na VI Emenda à Constituição Norte-Americana¹² e

⁸ “Considerando que tem havido, por parte dos xerifes, carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (*writs*) de *habeas corpus* a eles dirigidos, [...] usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grande ônus e vexames. Para prevenir os fatos supramencionados, e a fim de se alcançar rápido desembaraço a todas as pessoas presas em razão da prática efetiva ou suposta de algum crime, é estatuído pela excelentíssima Majestade do Rei, com o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, bem como dos Comuns, reunidos no presente Parlamento e pela sua autoridade, que: [...]”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 101.

⁹ A esse respeito, ver: ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 36.

¹⁰ “VII. That all pleadings, processes and records in courts, shall be short, and in English, and in an ordinary and plain character, that they may be understood, and justice speedily administered.”

FRAME of Government of Pennsylvania, 05 de maio de 1682. Disponível em:

https://avalon.law.yale.edu/17th_century/pa04.asp. Acesso em: 15 jun. 2020. Tradução livre: “VII. Que todas as alegações, processos e autos nas varas devam ser curtos, e em inglês, de forma simples e comum, para que possam ser compreendidos e a justiça administrada rapidamente”.

¹¹ “Section 8. That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers.” VIRGINIA Declaration of Rights. Disponível em:

<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 15 jun. 2020. Tradução livre: “Seção 8. Que em todas as ações penais ou capitais um homem tenha o direito de exigir o motivo e a natureza de sua acusação, de ser confrontado com os acusadores e testemunhas, de pedir provas a seu favor e de ter um julgamento rápido por um júri imparcial de doze homens de sua vizinhança, sem cujo consentimento unânime não possa ser considerado culpado; nem possa ser compelido a dar provas contra si mesmo; que nenhum homem seja privado de sua liberdade, exceto pela lei do país ou pelo julgamento de seus pares.”

¹² “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.” EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em:

apontando cristalina preocupação com a razoável duração do processo criminal, independentemente da situação de liberdade em que se encontrava o acusado. É dizer, neste documento, o direito à celeridade não guardou relação com a prisão cautelar, mas se apresentou como direito de todas as pessoas submetidas a um processo criminal¹³:

EMENDA VI Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado¹⁴.

Na mesma linha da Declaração de Direitos da Virgínia, a IV Emenda trouxe o julgamento rápido, pareando-o com as garantias da publicidade, da imparcialidade, do juiz natural e da ampla defesa, ratificando sua força e importância. Ademais, não se contentou com a razoável duração do processo, mas conferiu parâmetros mais expressivos de celeridade ao dispor ter o acusado o direito a um julgamento rápido, desde que observadas as demais garantias nela prevista.

O texto ainda afirma expressamente que o julgamento rápido deve ocorrer em todos os processos criminais, sem especificar, contudo, se a expressão “todos” se refere apenas aos processos de conhecimento ou se estende aos processos de execução – apesar de parecer ser intuitiva a sua aplicação ao processo de execução penal. De qualquer forma, segundo a previsão, a garantia de um julgamento veloz independe da prisão do acusado, de maneira que já se poderia vislumbrar, neste momento, a necessidade de sanções endoprocessuais também às hipóteses em que o réu responde ao processo em liberdade, sob pena de se torná-la letra morta.

Na seara dos tratados internacionais, o primeiro documento internacionalmente relevante a trazer previsões acerca da duração do processo foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948¹⁵, que, embora seja considerada apenas uma carta de

<https://constitutionus.com/>. Acesso em: 13 jul. 2020. Tradução livre: “Em todos os processos criminais, o réu terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e da comarca em que o crime foi cometido, comarca esta que deva ter sido previamente estabelecida, por lei, e ser informada da natureza e causa da acusação; ser confrontado com as testemunhas contra si; ter processo obrigatório para obtenção de testemunhas a seu favor e ter a assistência de um advogado para sua defesa”.

¹³ Nesse sentido, ver: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 115.

¹⁴ EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://constitutionus.com/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹⁵ A esse respeito, ver: PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 54.

intenções e não um tratado internacional¹⁶ – há inclusive questionamentos acerca da sua natureza se seria vinculante –, prevê em seu artigo XXV:

Artigo XXV. [...] Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade¹⁷.

Na sequência, poucos anos após a Declaração, em Roma, foi elaborada a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, em vigor desde 1953¹⁸, cujo artigo 6.1 dispõe:

ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça¹⁹.

Nota-se que, embora tenha sido o primeiro tratado, já mostrava preocupação com o tempo do processo tanto em matéria criminal, quanto em matéria cível. Como registro e avanço histórico, a inclusão da esfera cível talvez tenha sido a principal inovação em relação aos documentos norte-americanos. No entanto, não se pode desconsiderar a sua abrangência e alcance enquanto tratado internacional.

¹⁶ Nesse sentido, ver: JUBILUT, Liliana Lyra; CASAGRANDE, Melissa Martins; LOPES, Rachel de Oliveira. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Direito de Asilo na América Latina. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro (org.). **50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o sistema interamericano: legado, impacto e perspectivas**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 442, nota de rodapé 4.

¹⁷ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.

¹⁸ A esse respeito, ver: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 20.

¹⁹ OEA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Ademais, na Convenção de Roma, diversamente da Declaração de Direitos da Virgínia e da VI Emenda, houve-se por bem utilizar a expressão “prazo razoável” e não “julgamento rápido”, conduzindo à ideia de que cada processo deve tramitar em um tempo justo, nem curto demais (acarretando o atropelo de outras garantias processuais e inviabilizando o tempo de maturação das decisões judiciais), muito menos demorado, (tornando o trâmite processual motivo de angústia às partes, que permanecem por longo período na expectativa de concretização do direito pleiteado, sem certeza do provimento jurisdicional ou, por vezes, implicando a sua desnecessidade por perda de interesse no objeto do litígio em razão do decurso do tempo).

Posteriormente, mas não menos importante, adveio o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1966, do qual destacam-se os artigos 9.3 e 14.3, alínea “c”:

ARTIGO 9

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

ARTIGO 14

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

c) De ser julgado sem dilações indevidas;²⁰

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também foi um dos primeiros instrumentos internacionais a prever o direito a um julgamento “sem demora”, demonstrando preocupação evidente com a duração do processo²¹. Diversamente da Convenção de Roma, o Pacto trouxe a previsão do julgamento sem demora somente para acusados em processos criminais e ainda deixou claro que sua aplicação se limita a processos de conhecimento, ante o silêncio para os condenados em cumprimento de pena. Contudo, sinalizou um avanço, em conjunto com a garantia, ao trazer a consequência endoprocessual decorrente da sua

²⁰ BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 21 de jul. 2020

²¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21-22.

inobservância, qual seja, a de colocar a pessoa em liberdade caso o Estado não consiga julgá-la em prazo razoável.

Ratificando a ideia de sua incidência no processo de conhecimento para réus presos, há o disposto no artigo 9.3, cujo foco foi o excesso de tempo da prisão cautelar. Da sua análise, estima-se que a preocupação estava voltada somente aos casos em que pessoas respondiam presas aos processos criminais, sem que ainda houvesse certeza da autoria e materialidade delitivas. O valor a ser resguardado se voltava, na realidade, à presunção de inocência, pois se o acusado não poderia ser considerado culpado pelo delito até a sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão cautelar, por ser dirigida a uma pessoa presumidamente inocente, não poderia perdurar por um longo período.

Infelizmente, todo o contexto histórico que circundou a elaboração do Pacto, o qual representou um grande avanço na promoção dos direitos humanos, não permitiu que houvesse, naquele momento, a extensão da garantia da razoável duração para todos os processos, cível e criminal, de conhecimento e de execução, na medida em que dedicou maior ênfase apenas à situação da prisão cautelar. De toda forma, ao prever em seu artigo 14.3, alínea c, a garantia de ser julgado sem dilações indevidas, colocando a duração razoável do processo ao lado das garantias do juiz natural e imparcial, da presunção de inocência e de não autoincriminação, o Pacto indicou, sem dúvidas, o patamar de sua importância dentro do processo penal.

Embora o Pacto tenha sido aprovado em 1966, o Brasil apenas o incorporou em seu ordenamento jurídico cerca de 30 anos depois, mais especificamente em 1992, com a publicação do Decreto n. 592, em 06 de julho de 1992²².

No contexto da proteção normativa internacional, dentre os tratados internacionais mais importantes sobre o tema, foi aprovada, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da Organização dos Estados Americanos²³, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Destacam-se, desde já, os artigos 8.1 e 25.1:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos

²² BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 21 de jul.20

²³ Nesse sentido, ver: LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22-23.

ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

ARTIGO 25

Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais²⁴.

Nota-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8.1, estabeleceu a garantia da oitiva em prazo razoável, seja em processo criminal, seja em processos de outras naturezas, incluindo cíveis, trabalhistas e fiscais, representando um grande avanço na garantia. E mais, ampliou a sua proteção ao prever que não basta o primeiro provimento jurisdicional ser rápido, mas também é necessário que o julgamento de eventual recurso o seja, indicando que o direito fundamental à razoável duração, assim, deve ser interpretado ao longo de todo o processo.

O Pacto de San José da Costa Rica, por sua vez, lançou um novo olhar para o direito à razoável duração do processo, na medida em que almejou alcançar e proteger toda e qualquer parte, enquanto ostentar essa condição pela existência processual. Não era mais suficiente se limitar às questões atinentes ao preso provisório e ao processo criminal, mas sim voltar-se para o respeito à condição de parte, entendendo que a busca pela dignidade da pessoa humana passa por diminuir a aflição gerada pelo envolvimento no processo e sua procrastinação no tempo.

Tomando-se por base os diplomas internacionais por meio dos quais o Brasil assumiu obrigações perante a comunidade internacional, entende-se que a ausência de expressa previsão constitucional acerca da razoável duração do processo, antes da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 (esta que ainda será tratada no estudo), não permitia concluir pela sua inexistência no Brasil. Isso porque, da leitura conjugada dos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) – inserido pelo Constituinte Originário desde 1988, portanto – segundo o qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, já autorizava afirmar que os direitos e garantias

²⁴ BRASIL. **Decreto n. 678, 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 de jul. 2020.

previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual, reitera-se, o Brasil é signatário, integra o patrimônio de direitos e garantias fundamentais brasileiro, dentre os quais o direito a um julgamento e a ser ouvido em prazo razoável.

Logo, ainda que o direito à razoável duração do processo não estivesse expressamente descrito nos incisos do artigo 5º da CRFB antes da EC n. 45/2004, por estar garantido em tratado internacional de direitos humanos subscrito pelo Brasil, com fulcro em seu artigo 5º, § 2º, ele já integrava o catálogo de direitos e garantias fundamentais em território nacional.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ defende que a previsão do artigo 5º, § 2º da CRFB/1988 permitiu o chamado conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, ao afirmar que o rol apresentado em seus incisos não é taxativo e há, portanto, outros tantos direitos fundamentais implícitos ou descritos em tratados internacionais.

Flávia Piovesan²⁶, inclusive, diante do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, avança e sustenta que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte possuem *status* de norma constitucional, independentemente de sua aprovação por quórum qualificado:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais²⁷.

Também reforça a existência do direito à razoável duração do processo antes mesmo da EC n. 45/2004, para além das previsões nos tratados internacionais de direitos humanos, a primeira parte do artigo 5º, § 2º, da CRFB/1988, ao prever: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Assim, a CRFB/1988 admite a existência de direitos e garantias implícitos, eventualmente decorrentes de outros. É o caso do direito à razoável duração do processo (antes da EC n. 45/2004), pois o texto constitucional previa a dignidade da pessoa humana como um

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 72; 79-138.

²⁶ Por quórum qualificado, neste contexto, entende-se aquele previsto no artigo 5º, § 3º da CRFB/1988, que assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 136.

dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como garantia o direito ao devido processo legal, os quais, uma vez conjugados, assegurariam, implicitamente, a razoável duração do processo.

Observando a ordem cronológica, ainda importante trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consolidado nas Súmulas 21 e 52, ambas anteriores à EC n. 45/2004, as quais, *a contrario sensu*, demonstravam a aceitação da Corte quanto à existência do direito à razoável duração do processo:

Súmula 21: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução²⁸.

Súmula 52: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo²⁹.

De qualquer modo, a inclusão de norma expressa por meio da EC n. 45/2004 reforçou a necessidade da observância da razoável duração como paradigma constitucional e erigiu, sem dúvidas, como direito e garantia fundamental. A sua positivação no texto constitucional encerrou qualquer questionamento acerca de sua existência e, ao mesmo tempo, acerca de sua força normativa, exigindo, com ainda maior vigor, o seu cumprimento.

Não se sabe se a ausência de previsão do direito fundamental à razoável duração do processo na Constituição originária se deu de forma propositada, por entender desnecessária sua inclusão diante da existência de um rol extenso de direitos. No entanto, o importante é notar que, ao propor a chamada “Reforma do Judiciário”, o Constituinte Derivado houve por bem alterar o dispositivo, sinalizando claramente que o Poder Judiciário precisava de mudanças, uma delas o respeito a um julgamento em tempo razoável.

Compreende-se, assim, que dada a relevância do direito analisado, o Constituinte entendeu que sequer deveria ser veiculado por meio de normas infraconstitucionais, inserindo-o no catálogo do artigo 5º, como cláusula pétrea, no topo da pirâmide legislativa³⁰, ostentando agora formalmente, o *status* de direito fundamental.

Para André de Carvalho Ramos,

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 21**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2721%27>. Acesso em: 21 jul. 2020.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2752%27>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³⁰ “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

Os direitos humanos representam *valores essenciais*, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A *fundamentalidade* dos direitos humanos pode ser *formal*, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser *material*, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana³¹.

Para além da importância de o direito ser expressamente previsto na CRFB/1988 como direito e garantia fundamental, a norma em questão tornou, explicitamente, o direito à razoável duração do processo um direito amplo, que deve abarcar todas as pessoas e todos os processos, judiciais ou administrativos, ao trazer a seguinte redação: “Artigo 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, se havia espaço para questionamentos acerca da abrangência desse direito fundamental no âmbito internacional, a EC n. 45/2004 pacificou o debate jurídico, clarificando sua máxima amplitude. Após 2004, portanto, não há mais como defender sua limitação apenas aos processos criminais, tampouco somente aos processos de conhecimento. É preciso, portanto, analisar a sua aplicação ao processo de execução criminal.

1.2 Natureza jurídica

Partindo da previsão constitucional inserida no artigo 5º, LXXVIII, busca-se identificar, inicialmente, a natureza jurídica da razoável duração do processo, pois entendê-la como um direito propriamente dito ou como uma garantia, ou ainda como um princípio ou como uma regra, poderá auxiliar a construção do discurso pretendido, embora o tratamento dispensado não raras vezes possa ser fungível.

1.2.1 Direito-garantia fundamental

A diferença entre o tratamento de uma norma como direito ou reside essencialmente no fato de que a garantia existe para assegurar o direito ou o seu exercício, sendo um instrumento a serviço dele.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra,

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 32.

liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder”³².

Reforça-se, assim, que direito não é sinônimo de garantia. No entanto, muitas vezes há uma certa dificuldade em se classificar de forma individualizada um dispositivo constitucional. É o que ocorre com a razoável duração do processo, pois ao mesmo tempo que se visualiza o seu papel instrumental, há um claro direito subjetivo envolvido: o indivíduo possui o direito de ser julgado em tempo razoável, da mesma forma que ser julgado em tempo razoável se volta à atividade estatal para proteger outros direitos fundamentais, dando efetividade, por exemplo, ao devido processo legal. Trata-se, portanto, de um direito-garantia³³, com natureza híbrida. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet,

É, nesse sentido, que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas³⁴.

Superados a definição e o enquadramento da razoável duração do processo como direito-garantia, e somada a análise dos aspectos históricos, importante ratificar o disposto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/1988, que suplantou qualquer dúvida sobre sua natureza de direito fundamental, e como tal, apresenta um conteúdo essencial³⁵, a ser respeitado e observado tanto pelo legislador ordinário, quanto pelos Poderes Executivo e Judiciário. Segundo Virgílio Afonso da Silva³⁶, partindo de um enfoque objetivo, “proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental, nesse sentido, significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”; olhando para um enfoque subjetivo, faz-se necessário avaliar cada caso concreto para se verificar se o conteúdo

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 169-170.

³³ Embora se tenha definido pela natureza híbrida de direito-garantia, no decorrer do presente trabalho, a fim de se obter certa fluidez ao texto, será adotada a simplificação da nomenclatura “direito” para se referir à razoável duração do processo.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 186.

³⁵ Nesse sentido, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27

essencial foi preservado³⁷. É dizer, a razoável duração do processo é direito fundamental que deve ser amplamente observado e, em cada caso, deve-se buscar a sua máxima eficácia³⁸.

Sob a ótica de Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira,

Ora, se a Carta de 1988 rege todo o ordenamento com inegável preponderância, aquilo que para ela mesma pareceu fundamental não pode, em hipótese alguma, pelo jurista e pelo cidadão, ser tomado como supletivo. Ao se permitir tomar como secundária a base mesma do modelo constitucional, corrompe-se como um todo o sistema jurídico que a ele necessariamente se amolda³⁹.

Ainda como direito fundamental que é, relevante observar que o direito à razoável duração do processo representa, desde a sua identificação, a proteção dos jurisdicionados contra atuações arbitrárias do Estado. Sua função é justamente conter o poder estatal, obrigando-o a fixar um prazo, ainda que indeterminado, para bem desempenhar as suas competências constitucionais, tratando o jurisdicionado, no caso do estudo, com respeito à sua dignidade e como destinatário de direitos, não como mero objeto que pode permanecer sob o monitoramento do Estado, em uma relação jurídica-processual, sem qualquer limite temporal. Foi justamente com este objetivo que o Constituinte Derivado o inseriu formalmente no artigo 5º da CRFB/1988, na chamada “Reforma do Judiciário”. A essência da sua existência se volta à dignidade das partes, enquanto pessoas envolvidas na demanda, observando-se os desgastes psíquico, emocional e financeiro (dentre outros) inerentes à marcha processual. Esclarece-se que, ao envolver o direito à liberdade na análise do direito à razoável duração do processo, os desgastes tendem a aumentar a patamares inimagináveis.

Assim, a razoável duração do processo é um dos caminhos pelos quais se busca assegurar a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º da CRFB/1988. Conforme afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27.

³⁸ Nos dizeres de Barcellos, “A eficácia jurídica diz respeito, repita-se, àquilo que é possível exigir judicialmente com fundamento na norma”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 72.

³⁹ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 617.

direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”⁴⁰.

Prosseguindo-se, é necessário compreender o que se pretende ao incluir a dignidade humana como pedra angular da construção normativa brasileira, conforme as reflexões trazidas por Ana Paula de Barcellos:

Mas o que é, em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana? [...] De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles⁴¹.

Percebe-se que, não apenas por figurar no artigo 1º da CRFB/1988, mas muito mais por se tratar de célula embrionária dos demais direitos fundamentais e nortear toda a legislação pátria, a dignidade humana é o cerne da razoável duração do processo e a sua observância, portanto, dignifica a condição da parte no processo, respeitando-a como ser humano, em primeiro lugar.

Inevitável identificar que, dada a sua magnitude, a dignidade humana não se esgota na razoável duração do processo, tampouco na realização de todos os demais direitos fundamentais, conforme observou Ana Paula de Barcellos, mas a inclusão expressa da razoável duração do processo no rol de direitos e garantias fundamentais depura uma de suas facetas, qual seja, a do respeito à dignidade humana sob a ótica daqueles que se viram ou se veem diante da necessidade de se submeter ao trâmite processual e de aguardar uma decisão.

Não passou ilesa ao Constituinte Derivado, portanto, a aflição gerada pelo decurso do tempo sem a resolução do conflito e a forma pela qual essa aflição atinge as pessoas ali envolvidas, violando sua própria condição de ser humano; acrescenta-se a ideia de que a justiça é um bem almejado e necessário para a pacificação social e ela somente será confiável se puder atender, em tempo razoável, aos anseios dos que a buscam ou são por ela alcançados.

Sabe-se que o desenrolar de um processo pode se transformar em algo bastante tormentoso para todos os envolvidos, afinal, o processo foi desenhado, com a sua concatenação de atos, para perdurar no tempo, na medida em que precisa – ou ao menos deveria – se aproximar de um desfecho justo e, para tanto, exige maturação, além da observância das

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 423.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 132.

garantias do devido processo legal e ampla defesa. Neste ponto, está a importância de se rotular expressamente como direito fundamental, no cenário nacional, a razoável duração do processo, o qual não deve ser rápido demais, a ponto de suprimir outros direitos e garantias fundamentais, mas em contrapartida, não pode se prolongar no tempo sem justificativa plausível e concreta para o caso em análise, sem que as partes possam enxergar o seu fim. Isso porque, o pano de fundo é o próprio respeito à dignidade, intimamente ligado à condição de pessoa, enquanto ser humano, no momento em que começa a ostentar o posto de parte.

Para além de se tratar de um direito fundamental em si, escolhido pelo Constituinte derivado para integrar o rol do artigo 5º da Constituição Federal, o que já seria suficiente para a compreensão de sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina discute acerca do enquadramento preciso do direito à razoável duração do processo. Parece não haver discordâncias acerca de sua ligação com o devido processo legal, ainda que se defenda relacionar-se diretamente com outros direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Em sua obra *Direitos e Garantias Individuais*, embora Rogério Lauria Tucci⁴² analise a questão apenas sob a ótica da persecução penal, argumenta tratar-se de garantia decorrente do devido processo legal. Defende, ainda, a mesma posição José Rogério Cruz e Tucci⁴³, esclarecendo que o direito à razoável duração do processo é corolário do devido processo legal e, antes da EC n. 45/2004, estava expressamente assegurado por meio do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. No entanto, imprescindível enxergar a razoável duração do processo como uma das formas de se viabilizar o acesso à justiça. Ora, conforme esclarece Oscar Vilhena Vieira, “consciência dos direitos, custos processuais, complexidade do sistema, demora, também se apresentam como obstáculos materiais à realização do direito fundamental a recorrer ao Judiciário”⁴⁴.

Portanto, em síntese, o direito à razoável duração do processo é direito fundamental, material e formalmente constitucional subjetivo da parte, também decorrente do devido processo legal e garantidor do acesso à justiça, com vistas a obtenção de uma efetiva tutela.

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 213.

⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 114-115.

⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF; colaboração de Flávia Scabin e Marina Feferbaum; pesquisadores da obra Eloisa Machado *et al.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 419.

1.2.2 Princípio ou regra

Importante debater, no contexto da análise da natureza jurídica, se o direito a ser julgado em tempo razoável é princípio ou regra, a fim de se entender o alcance e a maneira como ele deve ser aplicado.

Atualmente, compreende-se que o direito é formado por princípios e regras dotados de força normativa, ou seja, ambos são espécies do gênero norma jurídica. Apesar da aceitação desta premissa nas discussões acadêmicas e aqui incorporadas, verificam-se importantes divergências em relação às suas diferenças e formas de aplicação.

Para Virgílio Afonso da Silva, “Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”⁴⁵. Segundo o autor, se não houver sopesamento, não há que se falar em princípio, mas sim em regra, de maneira que, no seu entendimento, com o qual se concorda, não há que se falar em princípio da proporcionalidade, e sim em regra da proporcionalidade. Isso porque, a forma de sua aplicação exige o critério da subsunção e não do sopesamento⁴⁶. Sob este aspecto, adotando a sua premissa teórica, entende-se que a razoável duração do processo também se enquadra na categoria normativa de regra, e não de princípio.

Com efeito, o dispositivo constitucional proclama o direito de todos à razoável duração do processo e o acesso aos meios que assegurem sua celeridade, indicando que a procrastinação processual não é constitucionalmente admitida.

É bem verdade que a duração razoável é um elemento integrante do direito fundamental e se caracteriza por ser um conceito indeterminado. Isso, porém, não o torna, por si só, um princípio que exige e admite sopesamento. Uma coisa é admitir o preenchimento do conceito indeterminado no caso concreto, outra é sopesar o próprio direito como se princípio fosse. A presença de um conceito indeterminado não implica o sopesamento do direito em si, transformando-o em princípio. Segue existindo como a regra da razoável duração do processo.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

⁴⁶ “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. [...] no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é *regra da proporcionalidade* [...]”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25-26.

No entanto, conforme observa Virgílio Afonso da Silva⁴⁷, grande parte da doutrina trata a proporcionalidade como princípio – e o mesmo raciocínio pode se estender à razoável duração do processo –, sem utilizar a dicotomia regra-princípio, mas objetivando atribuir maior relevância ao seu conceito. É dizer, a terminologia princípio traria uma “forte carga semântica”, a qual legitimaria o seu emprego e traria a dimensão que devem possuir os direitos e garantias previstos no artigo 5º da CRFB/1988. Aliás, ao tratar dos princípios, Ronald Dworkin afirma: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”⁴⁸.

Apenas como exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam: “O direito fundamental à razoável duração do processo constitui *princípio* redigido como *cláusula geral*. Ele impõe um *estado de coisas que deve ser promovido* pelo Estado – a duração razoável do processo”⁴⁹. (destaques dos autores)

Na visão dos autores, a razoável duração do processo traz justamente a ideia de força preponderante que deve irradiar efeitos em toda ritualística processual brasileira, orientando a criação de sub-regras pelo Poder Legislativo, em especial, àquelas que regem o andamento dos processos, mais ligadas ao referido princípio, assim como guiando o Poder Judiciário na organização e na condução dos processos. Além disso, ressaltam que o direito à razoável duração o processo possui um “*conteúdo mínimo*” que determina “(i) ao *legislador*, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável”, assim como determina “(ii) ao *administrador judiciário*, a adoção de *técnicas gerenciais* capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como *organizar* os órgãos judiciários de forma idônea”, e, por fim, determina “(iii) ao *juiz*, a *condução do processo* de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável”⁵⁰. (destaques dos autores)

Não se objetiva aprofundar a análise dogmática acerca da distinção entre princípios e regras, até mesmo porque Ronald Dworkin já sustentava que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”⁵¹ e que palavras como razoável podem implicar o funcionamento do

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 26.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36-42.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 265.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 265-266.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 44-45.

dispositivo legal tanto como uma regra do ponto de vista lógico, quanto como um princípio do ponto de vista substantivo, afirmando: “Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio”⁵².

A finalidade é definir a natureza jurídica que se pretende com a razoável duração do processo, a fim de que as consequências de sua violação possam ser melhor entendidas e vislumbradas, em especial no âmbito da execução da pena. Como regra, defende-se a existência de um conteúdo obrigatório, isto é, observar a razoável duração do processo não se trata de uma opção, mas de uma necessidade, pois, do contrário, seria permitido à autoridade competente conduzir os trâmites processuais na forma e no ritmo por ela desejado, em detrimento da expectativa concreta das partes envolvidas no litígio. Somente observando a sua peremptoriedade será possível atingir o alcance e a eficácia máximos do direito fundamental, que é o respeito às partes para se atingir à própria dignidade da pessoa humana.

Aliás, focado na obrigatoriedade das disposições normativas, em especial dos princípios, face ao Poder Judiciário, Ronald Dworkin observa:

A não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias para eles⁵³.

1.3 Conceito

Após a compreensão acerca da origem e da natureza jurídica do direito à razoável duração do processo, torna-se possível avançar, extraindo-se um conceito do que com ele se pretende, em busca de segurança jurídica ao se tratar da matéria, prestigiando a tecnicidade.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 44-45.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59.

1.3.1 Razoável duração do processo

A razoável duração do processo se refere ao direito constitucional subjetivo⁵⁴ das partes de obter o provimento a que almejam, seja em procedimento judicial ou administrativo, em um período razoável, também chamado de tempo justo⁵⁵, isto é, em um período que respeite a dignidade das pessoas envolvidas. Embora o conceito de tempo razoável se afigure indeterminado, extrai-se da ideia de “razoável duração” a ausência de dilações indevidas⁵⁶, a fim de se alcançar a decisão judicial no tempo adequado para a causa, observados a sua complexidade, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Limitando-se o tema ao tratamento da razoável duração sob a ótica do processo judicial e da matéria penal, mais especificamente das consequências de sua violação no âmbito da execução da pena, a chamada “complexidade da causa”, conforme se verá, talvez figure como um critério diminuído para se definir a razoável duração.

Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró acreditam que

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais, é claro, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado como adequado e razoável⁵⁷.

Segundo Aury Lopes Junior⁵⁸, em obra individual, visão com a qual se concorda, há, portanto, quatro principais fundamentos para que o processo tramite de forma célere: o respeito à dignidade do acusado, o interesse probatório, o interesse coletivo e a confiança na capacidade

⁵⁴ A esse respeito, ver: PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 48.

⁵⁵ Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 267; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 115.

⁵⁶ O termo “dilações indevidas” foi inclusive, conforme apontaram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, utilizado pela Constituição espanhola em seu artigo 24, segunda parte, ao prever o direito a um processo público sem dilações indevidas (*un proceso público sin dilaciones indebidas*). ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 267; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 267.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136-137.

da justiça. Desde este momento, importante ressaltar que todos os fundamentos apresentados são aplicáveis tanto ao processo de conhecimento quanto ao processo de execução. Não obstante a doutrina se limite a analisar o tema sob a ótica do primeiro, tanto a previsão constitucional quanto a razão pela qual a garantia foi prevista como direito fundamental não apresentam referido recorte ou ressalva.

A dignidade humana, conforme já afirmado, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e o fato de uma pessoa ter sido acusada criminalmente e, ao final condenada, não afasta em absoluto o seu respeito. Aliás, a condenação tem o potencial de restringir a liberdade de locomoção e cercear determinados bens ou patrimônios, de acordo com a sanção penal prevista para o delito praticado, assim como, em casos específicos, acarretar a perda de cargo ou função pública, a perda do poder familiar, tutela ou curatela e a inaptidão para conduzir veículos, nos termos dos artigos 91 e 92 do Código Penal, mas não pode ir além disso, sob pena de ofender a legalidade⁵⁹.

Desta forma, independentemente do tipo de processo, se de conhecimento ou de execução, necessária se faz a celeridade como forma de garantir o respeito à parte que a ele está submetida.

Talvez de imediato se pudesse afirmar que o interesse probatório somente se referiria ao processo de conhecimento. Todavia, ainda que no processo de execução não se busque provas acerca da autoria e da materialidade do crime, pois presume-se que estas já se consolidaram com a sentença penal condenatória, o processo de execução também pode envolver incidentes em que haja a necessidade de produzir provas. Um exemplo são as sindicâncias nas quais se apuram a ocorrência de falta disciplinar no cumprimento da pena. Os próprios incidentes de apuração de direitos, como progressão e remição, também podem ser abarcados pela instrução probatória, se entender-se que ao sentenciado será necessário demonstrar o preenchimento de requisitos legais.

O fundamento do interesse coletivo, por sua vez, refere-se ao adequado e correto funcionamento das instituições, de modo que não há como afastá-lo de qualquer processo, independentemente de sua natureza. Espera-se que todo aquele que seja submetido a um

⁵⁹ “A principal e maior consequência do trânsito em julgado da sentença condenatória é, sem dúvida, fazer com que o condenado cumpra a pena determinada. [...] Contudo, tal sentença, além de seus efeitos penais, que se encontram localizados em diversos artigos da legislação penal e processual penal, pode gerar, ainda, outros efeitos. [...] Existem, portanto, efeitos secundários gerados pela sentença condenatória transitada em julgado que mais se parecem com outra pena, de natureza acessória. Tais efeitos, considerados extrapenais, vieram elencados pelos arts. 91, 91-A e 92 do Código Penal”. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021, p. 823.

processo seja tratado de forma isonômica e que o processo observe os caminhos legais traçados, sem ônus excessivos quer para os envolvidos, quer para o próprio Estado.

Por fim, a confiança da capacidade da justiça também é avaliada pela sua aptidão em fiscalizar adequadamente o cumprimento da pena por ela imposta.

Nesse sentido, fica claro que ao se adotar como fundamentos de existência da razoável duração do processo o respeito à dignidade do acusado, o interesse probatório, o interesse coletivo e a confiança na capacidade da justiça, agasalhado está o processo de execução criminal.

Importante ressaltar que embora escassa sejam as referências acerca do âmbito executório, Rogério Lauria Tucci⁶⁰, ao tratar da razoável duração do processo, afirma expressamente sua natureza de direito subjetivo constitucional da parte envolvida no processo, ressaltando que, no âmbito criminal, o executado, já condenado portanto, por também ostentar a posição de parte processual, possui o direito subjetivo.

1.3.2 Razoável duração no processo penal

Inicialmente, importante entender que o conceito de razoável duração integra uma gama de conceitos indeterminados com os quais trabalha o direito.

Os estudos existentes sobre o tema no Brasil, muitas vezes, identificam como símiles do conceito de razoável duração o conceito de tempo justo, consoante já apontado⁶¹, de forma que se adotará ambas as terminologias como sinônimas. A dificuldade reside, assim, na definição, de forma objetiva, do que pode ser considerado como tempo justo para cada processo. Seria possível expressar em dias, meses ou anos o tempo preciso para que todos os processos sejam concluídos? Seria viável identificar o período adequado para a prática de cada ato processual? E mais, o tempo total seria a somatória do período de cada ato? Todos os processos, independentemente de suas particularidades, deveriam seguir o mesmo prazo razoável?

Como o próprio nome já diz, a razoabilidade é conceito que integra o tempo processual justo, sendo fundamental sua inclusão na presente análise. Segundo o entendimento de Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró,

⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 219.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 267; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 115.

No Brasil, o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição – incluído pela Emenda Constitucional n. 45 – adotou a doutrina do não-prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos. Nessa vagueza, cremos que, além dos três critérios acima apontados (complexidade, comportamento da parte e das autoridades judiciárias), devemos considerar a “**razoabilidade**” como **elemento integrador**⁶². (destaques do autor)

E o conceito de razoável pode ser buscado no princípio da razoabilidade, conforme define Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar⁶³.

Já Virgílio Afonso da Silva refere-se à razoabilidade como a primeira sub-regra da, por ele chamada, regra da proporcionalidade, consubstanciada na adequação: “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”⁶⁴.

Portanto, será considerado razoável tudo aquilo que seja justo e adequado, ou seja, tudo aquilo que promova a celeridade processual, eliminando o “tempo patológico”⁶⁵ e permitindo o respeito às demais garantias e direitos fundamentais decorrentes do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A definição exata deverá ser verificada no caso concreto, dadas as suas peculiaridades, mas, de antemão, entende-se que seria possível identificar aquilo que está fora do razoável e não pode ser aceito, por se considerar arbitrário, dedicando-se a presente pesquisa a delimitar essas hipóteses especificamente no âmbito do processo de execução penal.

⁶² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230-231.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 36.

⁶⁵ A esse respeito, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 267.

O Brasil, sabe-se, adotou a chamada “doutrina do não prazo”⁶⁶, segundo a qual não há prazo máximo legal para a finalização dos processos, devendo ser analisado o caso concreto a fim de se perquirir se houve violação à garantia constitucional.

Esse entendimento segue a linha mestra desenhada, inicialmente, pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – a qual, em 1998, por meio do Protocolo n. 11, foi unificada com a Corte Europeia de Direitos Humanos, formando um único Tribunal permanente⁶⁷ – que concebeu a chamada doutrina dos sete critérios, no Caso n. 1936/1963, *Neumeister versus Áustria*⁶⁸, definindo marcos a serem observados para se concluir, em cada caso, se houve violação à razoável duração do processo⁶⁹. Referidos marcos foram sintetizados e traduzidos com precisão por Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró⁷⁰: duração da prisão cautelar; duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação; efeitos pessoais sofridos pelo imputado, tanto de ordem material como moral ou outros; influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; dificuldades para a investigação do caso; maneira como a investigação foi conduzida e conduta das autoridades judiciais.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), observando a base criada pela CEDH, reduziu

⁶⁶ A esse respeito, ver: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 31.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.136.

⁶⁸ CEDH. **Corte Europeia de Direitos Humanos**. Caso n. 1936/63, *Neumeister versus Áustria*, 1963. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73425&filename=NEUMEISTER%20v.%20AUSTRIA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁶⁹ The term “reasonable time” in Article 5, paragraph (3), must be determined in the light of the concrete facts of each case [...] In the opinion of the Commission, the following elements are relevant to the evaluation of the circumstances in a particular case: 1. The actual length of detention. 2. The length of detention on remand in relation to the nature of the offence, the penalty prescribed and to be expected in the case of conviction and any legal provisions making allowance for such period of detention in the execution of the penalty which may be imposed. 3. Material, moral or other effects on the detained person. 4. The conduct of the accused [...] 5. Difficulties in the investigation of the case [...] 6. The manner in which the investigation was conducted [...] 7. The conduct of the judicial authorities concerned [...] CEDH. **Corte Europeia de Direitos Humanos**. Caso n. 1936/63, *Neumeister versus Áustria*, 1963. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73425&filename=NEUMEISTER%20v.%20AUSTRIA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020. Tradução livre: “O termo “prazo razoável” no Artigo 5, parágrafo (3), deve ser determinado à luz dos fatos concretos de cada caso [...] Na opinião da Comissão, os seguintes elementos são relevantes para a avaliação das circunstâncias em um caso particular: 1. A duração real da detenção. 2. A duração da prisão preventiva em relação à natureza do crime, a pena prescrita e esperada em caso de condenação e quaisquer disposições legais que prevejam tal período de detenção na execução da pena que possa ser imposta. 3. Efeitos materiais, morais ou outros sobre a pessoa detida. 4. A conduta do réu [...] 5. Dificuldades na investigação do caso [...] 6. A forma como a investigação foi conduzida [...] 7. A conduta das autoridades judiciárias em causa [...]”.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39-40.

para três critérios⁷¹ (ou quatro⁷²) os marcos referenciais: complexidade do caso; atividade processual do interessado; e conduta das autoridades judiciárias⁷³; é possível acrescentar aquilo que está em causa para o requerente⁷⁴.

A complexidade do processo se refere tanto aos fatos envolvidos no litígio, quanto aos direitos questionados ou violados. Assim, a depender do ocorrido ou a depender das questões jurídicas, o processo poderá demorar mais ou menos tempo para ser concluído. O comportamento do requerente que eventualmente alegaria violação à razoável duração do processo, por sua vez, deve ser observado, pois assim como não se podem restringir direitos processuais assegurados na legislação, a parte não pode se valer de atitudes processuais procrastinatórias e ser beneficiada unilateralmente por elas. Como terceiro critério, o comportamento das instâncias relevantes se volta para o Estado, que deve se organizar para oferecer estruturas adequadas em aparelhamento físico e de pessoal a fim de corresponder ao tempo adequado para a movimentação processual. Por fim, aquilo que está em causa para o requerente se refere às implicações geradas na sua situação jurídica, à matéria discutida em cada processo que também devem balizar o tempo de sua duração, de modo a distinguir demandas consideradas urgentes de outras que podem obter uma tutela efetiva com um período mais prolongado⁷⁵.

Nota-se, assim, que não há parâmetros pré-fixados, mas somente padrões que deverão ser analisadas *a posteriori*. É dizer, não há regras temporais rígidas definidas quando do início do processo, sendo relegado para o seu fim a verificação do excesso de prazo em sua conclusão, com base na checagem dos atos praticados, do comportamento adotado pelas partes, da complexidade do caso e das provas produzidas. A doutrina dos critérios, portanto, apenas trata

⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

⁷² TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça**, 2016, p. 153-154. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_POR.PDF. Acesso em: 09 jun. 2020.

⁷³ “41. Conforme mencionado acima o artigo 8 da Convenção refere-se ao prazo razoável em que deve-se resolver um caso de violação de direitos humanos o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos estabelece critérios específicos. Tanto a Corte Interamericana e a Corte Européia de Direitos Humanos assim como a Comissão de Direitos Humanos estabeleceram uma série de critérios para determinar, no caso concreto, prazo razoável referente à administração da justiça. Os critérios são: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) conduta das autoridades judiciais”. CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**: caso n. 11.517, Diniz Bento da Silva, 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil.11517.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁷⁴ A esse respeito, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 267.

⁷⁵ TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça**, 2016, p. 156-162. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_POR.PDF. Acesso em: 09 jun. 2020.

de olhar para o que já ocorreu. Seguindo o mesmo entendimento, José Rogério Cruz e Tucci⁷⁶ defende a impossibilidade de fixação de prazo legal para definir prazo razoável, concordando com os critérios construído pelo TEDH – complexidade do assunto; comportamento das partes no processo penal e atuação do órgão jurisdicional – para se chegar à análise, no caso concreto, de sua violação.

Com a finalidade de se chegar a um montante, nos processos criminais de conhecimento, a jurisprudência fixou, inicialmente, o famoso prazo de 81 dias⁷⁷ para a conclusão da instrução criminal (dos procedimentos ordinários e da primeira fase do rito do júri), construindo-o com base na somatória dos prazos legais de cada ato processual que compunha o procedimento ordinário. Evidentemente, notou-se que o prazo de 81 dias não se mostrava suficiente para diversos casos de maior complexidade, seja pela matéria discutida, seja pela quantidade de réus e de documentos nos autos, seja ainda pela necessidade de diligências ou de provas periciais que demandavam uma análise mais apurada ou maior tempo de confecção e de concretização. Na prática, o prazo de 81 dias tornou-se uma mera referência de tempo para o encerramento da instrução processual, sem consequência automática para o seu descumprimento que não seja chamar atenção dos envolvidos para uma possível delonga. Posteriormente, com a reforma processual penal ocorrida introduzida pela Lei n. 11.689/2008, houve a previsão do prazo de 90 dias para a conclusão da primeira fase do rito do júri⁷⁸.

Desde já, avalia-se que o legislador perdeu, com as últimas reformas processuais, excelente oportunidade de instituir um prazo (81 dias, 90 dias, ou qualquer outro, caso entendesse necessária a sua ampliação ou redução) para encerramento da instrução processual, com vistas a dar maior concretude ao direito fundamental em estudo, ainda que referido prazo se limitasse aos procedimentos comuns ordinários do processo de conhecimento (penal). A previsão de um prazo legal auxiliaria as partes e ao Poder Judiciário na fiscalização do tempo do processo e, em contrapartida, trataria o imputado, enquanto sujeito de direitos, com mais respeito e consideração (determinação de quase todos os tratados internacionais de direitos humanos).

Além disso, outra ponderação necessária é que a antiga jurisprudência dos 81 dias se referia somente à etapa de instrução processual, enquanto o direito à razoável duração deve

⁷⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 88.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n. 78.978-1/PI**. Rel. Min. Nelson Jobim, 09 de maio de 2000. Publicado em 13 de outubro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976> Acesso em: 07 jul. 2020.

⁷⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Artigo 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias”.

alcançar o processo como um todo, ou seja, objetiva a sua finalização e não somente o encerramento da fase probatória. Não se pode esquecer de que a angústia processual das partes, em especial a do réu no âmbito criminal, não se encerra enquanto pende a sentença, também não se limita a esta, perdurando todo o tempo em que o processo está em andamento, seja em primeiro, em segundo grau ou nas instâncias superiores. Por mais que a pessoa sentenciada se sinta inconformada com uma decisão contrária a seus interesses, o peso da espera e a esperança gerada pela pendência do recurso permanecem latentes enquanto houver possibilidade de nova apreciação de qualquer pedido das partes.

Por fim, constata-se que a então jurisprudência dos 81 dias apenas foi construída para os processos de conhecimento de réus presos, na medida em que, ao extrapolar aquele prazo para o encerramento da instrução, ocorreria o chamado excesso de prazo na formação da culpa e, por consequência, ensejaria o relaxamento da prisão processual. Observa-se, desta maneira, que a única preocupação em torno do encerramento da instrução se volta para a prisão cautelar e, portanto, para a presunção de inocência. Não se pode aceitar, é verdade, que uma pessoa presumidamente inocente permaneça presa por longo período ou período ilimitado. Entretanto, se colocada em liberdade, sumiria a preocupação em se concluir rapidamente o processo. Ora, é evidente que tal situação vai de encontro ao direito fundamental à razoável duração do processo, uma vez que, consoante o texto constitucional, ele não se limita aos processos de conhecimento de réus presos. Talvez fosse viável definir-se mais de um prazo, prevendo diferentes procedimentos e complexidades para os processos de conhecimento, incluindo consequências diversas para as situações de prisão e de liberdade do acusado, mas sem deixar de ter em vista um limite processual máximo. Nesse sentido, independentemente da concordância com a quantidade de tempo fixada, entende-se que a legislação brasileira poderia avançar dando os primeiros passos determinando um prazo máximo para o processo de conhecimento criminal.

Importa notar, ainda, que toda a ginástica interpretativa até hoje exercida para a construção de balizas concretas voltadas à aplicação da razoável duração do processo, seja por parte da doutrina, seja por parte da jurisprudência, sempre envolveu o processo de conhecimento. Todavia, com vistas a atribuir a máxima eficácia ao artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o mesmo caminho deve ser percorrido na identificação do prazo limite para o processo de execução penal, com suas peculiares consequências. Para Décio Alonso Gomes, “é imprescindível que o processo encontre limites pré-estabelecidos, tudo ao melhor estilo devido processo legal e à noção já involuntária de exposição e conhecimento das regras

do jogo”⁷⁹, não bastando que os limites e as regras sejam construídos para apenas uma parte do processo.

⁷⁹ GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual**: abordagens sobre a dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

2 O TEMPO COMO ELEMENTO DA PENA DE PRISÃO

O presente capítulo volta-se para entender a relação de inerência do tempo com o eixo punitivo do direito penal moderno, a prisão. Embora as demais penas existentes também guardem relação com o tempo, a menor carga de suplício que apresentam aliada com a sua menor aplicação, ao menos no Brasil, fará o presente trabalho circunscrever-se à pena privativa de liberdade, partindo da premissa de que a prisão é a pena por excelência que mais atormenta o tempo da pessoa condenada.

2.1 A prisão como eixo temporal da pena

Atualmente, a pena de prisão se refere à restrição da liberdade da pessoa condenada imposta pelo Estado, por período certo e determinado. Identificar exatamente o momento da sua origem parece ser bastante complexo⁸⁰.

Há um sentimento inerente ao ser humano no sentido de punir aquele que lhe causa uma ofensa, na medida em que, em regra, “o crime melindra sentimentos que se encontram em todas as consciências sadias de um mesmo tipo social”⁸¹, seja pela crença em vingança, justiça, expiação ou reafirmação da ordem jurídica, ou ainda, pela ideia de prevenir ocorrências futuras e/ou ressocializar o ofensor. Com o surgimento da sociedade organizada, a criação de regras de convivência se tornou requisito obrigatório para a sua própria sobrevivência e a manutenção da paz⁸². Assim, a ideia de o Estado propiciar um convívio social seguro em troca de parcela da liberdade de cada um dos indivíduos se apresentou como o caminho para a consolidação do direito penal⁸³.

Embora haja relatos de que no Egito antigo já havia a aplicação da pena de prisão como local de imposição de trabalhos forçados⁸⁴, na Antiguidade, como regra, a prisão não era

⁸⁰ Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

⁸¹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43.

⁸² Para Cesare Beccaria, “leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 21.

⁸³ Nesse sentido, ver: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

⁸⁴ A este respeito, ver: CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009, p. 04.

utilizada da forma como é conhecida hoje, servindo essencialmente para guarda de pessoas que seriam julgadas ou ainda para a prática de torturas a fim de que se tentasse alcançar a verdade⁸⁵. As penas se limitavam primordialmente a castigos corporais, incluindo a pena de morte e penas infamantes⁸⁶. A Grécia ainda se utilizava da prisão como forma de obrigar devedores a quitarem suas dívidas⁸⁷.

Na Idade Média, surgiram as denominadas prisão de Estado e prisão eclesiástica⁸⁸. Cezar Roberto Bitencourt⁸⁹ afirma que a prisão de Estado se voltava aos inimigos que cometessem crimes de traição ou para afastar adversários políticos dos governantes, dividindo-a em duas espécies: prisão-custódia (local onde o preso aguardava a execução de sua pena geralmente corporal, nos mesmos moldes da Antiguidade) e detenção temporal ou perpétua (local de segregação social); havia, ainda, a prisão eclesiástica, voltada ao direito canônico. A Igreja, neste período, era uma entidade extremamente fortalecida e usava a prisão como meio de combate à heresia⁹⁰, a fim de manter a sua posição e o seu poder político, estabelecendo que ela seria o meio necessário para a redenção e a purificação do pecador, o que somente seria atingido com o isolamento e a solidão, buscando-se momentos de reflexão para o arrependimento e a confissão, definindo o cárcere, a pena por excelência. A prisão, neste momento, buscando a penitência, apresentava-se como local de dor e de aflição⁹¹. Luigi Ferrajoli⁹² acrescenta que a principal função da prisão na Idade Média foi a de prender cautelarmente os acusados da prática de crimes durante o período processual, visando impedi-los de fugir e deixando-os à disposição da justiça.

À exceção do direito penal canônico que visava a expiação dos pecados por meio do cumprimento de uma penitência em local isolado, a sanção penal até a Idade Média desconhecia

⁸⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 24-25.

⁸⁶ Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

⁸⁷ Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

⁸⁸ Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-47.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-47.

⁹⁰ A este respeito, ver: CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009, p. 07.

⁹¹ Nesse sentido, ver: BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 38.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 359.

o cárcere, justamente em virtude de voltar-se para os bens valorados no período os quais eram primordialmente a vida e a integridade física⁹³.

A transição da Idade Média para a Idade Moderna foi marcada pelo fim do feudalismo e pelo início do sistema capitalista. Em síntese, o feudalismo se tornou insustentável especialmente em razão do aumento do número de pessoas e da consequente ausência de moradia e de alimentação para todos no interior dos feudos – aliados aos problemas relacionados à peste. Com a explosão demográfica e o desenvolvimento de novas técnicas de produção, a exploração camponesa se intensificou e o excedente produzido se tornou frequente, aumentando também o comércio de mercadorias. Com a venda do excedente, os servos se tornaram capazes de se exonerar de suas obrigações juntos aos senhores feudais e, vislumbrando oportunidade de trabalho no comércio, migraram para as cidades. No mesmo período, ocorreu a ascensão da burguesia, responsável por comandar todo um novo sistema de comércio e trocas, com a implantação da moeda, e aberta ao recebimento nas cidades dos servos que migraram dos feudos em busca de oportunidade de trabalho assalariado. Todavia, o êxodo dos camponeses para as cidades acabou por gerar grande desemprego, vez que as cidades não possuíam formas de absorver toda a demanda de mão de obra, surgindo um grupo de desocupados. Todo este cenário levou a um aumento significativo da criminalidade, reflexo do aumento da pobreza, que evoluiu, paulatinamente, para a criminalidade patrimonial. Neste contexto, seguir aplicando a pena de morte para todos os casos mostrou-se inviável. Por outro lado, a punição dos crimes patrimoniais precisava de uma resposta severa, considerando a valorização, na Idade Moderna, da propriedade privada e do acúmulo de dinheiro.

De início, a solução encontrada foi a criação de “*workhouses*, uma invenção do século 16 para resolver problemas de exclusão social do capitalismo ascendente: casas de trabalho forçado de camponeses expropriados dos meios de subsistência material”⁹⁴, as quais inspiraram o modelo das atuais penitenciárias. Surge, então, um movimento de criação de prisões voltadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade, como locais de recuperação dos condenados por meio da disciplina e do trabalho⁹⁵. O objetivo era implantar um local em que as pessoas ali restritas estivessem em uma condição pior do que aquelas que estivessem livres e trabalhando – princípio da *less eligibility*⁹⁶ –, obrigando os pobres a aceitar as condições de trabalho e

⁹³ A este respeito, ver: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 21-24.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 471.

⁹⁵ Nesse sentido, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51-53.

⁹⁶ “A evolução da penalidade não é, portanto, o resultado de reformas sociais e jurídicas cada vez mais ambiciosas e progressistas. Existe, de fato, um limite estrutural a qualquer processo de reforma e civilização das

salário oferecidos no mercado para que não se vissem sujeitados às *workhouses*, desestimulando em contrapartida os comportamentos tidos como criminosos⁹⁷. O surgimento da pena privativa de liberdade, assim, possui relação com as finalidades preventivas da pena, na medida em que o seu objetivo é utilitário, não bastando a mera punição em si, senão a necessidade de servir de exemplo aos demais e ressocializar o condenado. A ressocialização, no entanto, é buscada por meio do trabalho como forma de aproveitar mão de obra barata e ociosa. Trata-se da ideia de pena como retribuição equivalente⁹⁸ em que o preso paga com trabalho e tempo de liberdade no interior do cárcere o custo social gerado com a prática criminosa.

Neste período histórico, a prisão estava carregada de finalidade econômica, apresentando-se como solução à necessidade de mão de obra para as manufaturas a um custo baixo para a burguesia que dela precisava para obter bens e impulsionar o comércio.

Segundo Luigi Ferrajoli⁹⁹, embora a prisão como uma instituição seja antiga, a pena privativa de liberdade é eminentemente burguesa e

Tanto na sua forma privativa de liberdade como na patrimonial, a pena moderna configura-se como técnica de *privação* de bens diante do pressuposto, especificamente moderno, da valorização qualitativa e quantitativa dos bens também na perspectiva penal: da *liberdade*, tomada em abstrato como “tempo de liberdade” e subtraída pelas penas privativas de liberdade; da *propriedade*, tomada em abstrato como “dinheiro” e subtraída pelas penas pecuniárias; da capacidade de trabalhar ou do direito de cidadania subtraída pelas privativas de direitos¹⁰⁰.

Com a chegada da Revolução Industrial, responsável pela substituição das pessoas por máquinas, em um dado momento, a sociedade não mais sofria com a escassez de mão de obra e o desemprego já era suficiente para impedir a busca desenfreada por altos salários. Consequentemente, o princípio da *less eligibility* já não se mostrava mais imprescindível para

penas, e este limite é representado pelo princípio da *less eligibility* (isto é, da menor preferibilidade) da pena, ao qual *todo* sistema de repressão deve adequar-se”. GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 40.

⁹⁷ A este respeito, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 472.

⁹⁸ A este respeito, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 464.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 359.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 360.

manter a função pensada para a prisão com as *workhouses*. No entanto, ela já era uma pena solidificada e com ampla aceitação social, a qual apenas precisaria adquirir novas finalidades¹⁰¹.

Na sequência, o movimento iluminista foi determinante para a racionalidade do direito de punir, afastando as penas cruéis e a arbitrariedade estatal até então vigente, mudando o paradigma da pena para um viés humanista e proporcional ao delito cometido, observando-se as liberdades individuais¹⁰². O Iluminismo, portanto, reforçou o caminho inicial traçado pelas *workhouses* e consolidou a pena privativa de liberdade com vistas a impedir o retorno às penas de morte e cruéis.

Se adotada a corrente do contrato social, para que se pensasse no bem coletivo, o Estado se tornaria espécie de fiel depositário das liberdades individuais. É dizer, os membros dispõem parte de sua liberdade em prol do coletivo, permitindo que determinadas ações, tidas como contrárias ao interesse social, sejam banidas e, caso ocorram, sofram a devida punição por meio do direito penal¹⁰³.

Com o surgimento do Estado de Direito, anos depois, as penas passaram a ser definidas e limitadas pela lei, visando a impedir o arbítrio do poder centralizado. A legalidade das penas permite justamente a interferência estatal na liberdade do indivíduo ao mesmo tempo que controla referida interferência, de modo que o poder exercido não extrapole os limites estabelecidos pelo povo – lembrando aqui a ideia de que todo poder emana do povo e, portanto, a lei nada mais seria senão a vontade do povo regendo a vida social.

A prisão nasce, assim, como a chamada “pena das sociedades civilizadas”¹⁰⁴, pois para além de se referir a uma pena racional e supostamente humana – se comparada aos suplícios – atinge um bem pertencente a todas as pessoas, independentemente de sua condição socioeconômica, qual seja, a liberdade¹⁰⁵. E, para além disso, “ao apropriar-se do tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente que o delito lesionou não só a “vítima mas a sociedade inteira”¹⁰⁶.

¹⁰¹ Neste sentido, ver: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 80.

¹⁰² A esse respeito, ver: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 33-34.

¹⁰³ Nesse sentido, ver: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

¹⁰⁴ ROSSI, P. *Traité de droit pénal*. v. III, 1829, p. 169 *apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 224.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 224.

¹⁰⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003, p. 27.

A questão da apropriação do tempo pelo Estado reflete a mudança de paradigma do valor que ele passa a ter na vida humana com o fim da Idade Média. Com a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo, o tempo deixa de ser de Deus para ser do homem, a quem cabe geri-lo da maneira que desejar, tornando-se ainda a base de toda atividade comercial desenvolvida na Idade Moderna. Se antes a vida era determinada pelos fenômenos naturais, com o desenvolvimento das cidades, o tempo precisava ser medido e contabilizado no comércio e o seu bom uso significaria dinheiro¹⁰⁷. Assim, somente há sentido na retirada do tempo quando ele representa um bem individual – e não divino – e rege a vida em sociedade.

Para Juarez Cirino dos Santos, a prisão é o instrumento de disciplina típico da sociedade capitalista por punir o condenado privando-o de sua liberdade e, consequentemente, de seu tempo, valor importante da mercadoria na economia, expressado na máxima “tempo é dinheiro”¹⁰⁸. Ainda, a prisão possibilita alcançar também os pobres que, se não possuem dinheiro para quitar a dívida gerada pelo mal do crime, ao menos possuem tempo para perder em prol do todo. Para o autor, “esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho jurídico econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado”¹⁰⁹.

De maneira superficial, a pena de prisão aparenta traduzir somente o desejo humano de segregação da pessoa criminoso das demais. No entanto, ela não se limita ao espaço. Talvez porque a liberdade não se limite ao espaço. Em conjunto com a restrição espacial, o tempo do condenado também é retirado e fica à disposição do Estado. Ana Messuti¹¹⁰ ressalta que a pena de prisão se distingue das demais justamente porque sistematiza dois elementos, quais sejam, o espaço e o tempo, sendo este “o verdadeiro significante da pena”, na medida em que por meio da prisão objetiva-se “imobilizar o tempo da pena. Separá-lo do tempo social que transcorre no espaço social”. A subtração do tempo do condenado pelo Estado é o que se pode considerar o maior tormento da pena de prisão, de modo que quanto mais extensa a pena, maior o grau de sofrimento imposto. Não se trata somente da retirada do tempo de convívio social, mas de controle do tempo total do encarcerado que deve obedecer à rotina diária determinada pelo

¹⁰⁷ CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009, p. 43-63.

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 467.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 467.

¹¹⁰ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São, p. 33

Estado, que fixa o horário de acordar, dormir, comer, descansar, trabalhar, se exercitar etc. O Estado segrega o condenado e retira dele a autonomia para administrar o próprio tempo.

Charles Lucas, nesse contexto, afirma:

Na prisão o governo pode dispor da liberdade da pessoa e do tempo do detento; a partir daí, concebe-se a potência da educação que, não em só um dia, mas na sucessão dos dias e mesmo dos anos, pode regular para o homem o tempo da vigília e do sono, da atividade e do repouso, o número e a duração das refeições, a qualidade e a ração dos alimentos, a natureza e o produto do trabalho, o tempo da oração, o uso da palavra e, por assim dizer, até o pensamento, aquela educação que, nos simples e curtos trajetos do refeitório à oficina, da oficina à cela, regula os movimentos do corpo e até nos momentos de repouso determina o horário, aquela educação, em uma palavra, que se apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está¹¹¹.

Assim, embora a restrição do tempo integre a ideia da pena de prisão – aqui limitada à ideia de restrição do espaço –, ela por si só já pode ser considerada uma pena e, portanto, não pode “ficar à mercê da imprecisão”¹¹². A retirada do tempo social do indivíduo significa também a supressão de tempo de vida digna, posto que, para além do período de encarceramento representar a segregação da cronologia social (que compõe a própria dinâmica da vida humana), a depender do local de cumprimento da pena, como no Brasil, as condições materiais de aprisionamento são absolutamente desumanas.

Atento a tal panorama e objetivando evitar incoerências, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previu-se a vedação das penas de caráter perpétuo. Ou bem se assume como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana – estando ela encarcerada ou livre – e se vedam as penas perpétuas, permitindo que ao condenado seja concedido após o cumprimento de sua pena tempo de vida digna, ou bem se permitem as penas perpétuas e a dignidade apenas às pessoas que não possuem pena a cumprir.

A pena perpétua, vigente em vários países, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá e Itália, implica a imposição de restrições vitalícias na vida da pessoa condenada, seja pelo encarceramento total, seja pelo livramento condicional até o encerramento de sua vida. Considerando todos os malefícios que o período de prisão causa no ser humano, ainda que se possa considerar em alguns países e em casos específicos a obtenção de uma liberdade antecipada, esta é incerta, dependerá de uma análise judicial e não acarretará a completa

¹¹¹ LUCAS, Charles. De la réforme des prisons. v. II, 1838, p. 123 *apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 228.

¹¹² MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003, p. 37.

autonomia, não há como se falar em vida digna para as penas perpétuas, de tal forma que seriam uma vertente da própria pena de morte.

Carmen Silvia de Moraes Barros, a esse respeito, tratando do surgimento da prisão como pena no século XIX, acrescenta:

A pena de prisão não deve ter caráter perpétuo, pois é a esperança de liberdade que impulsiona o indivíduo à reflexão e transformação. A extensão da pena, dessa forma, deve ajustar-se ao tempo necessário para processar-se a correção do condenado, e esse ajuste cabe não só à sentença condenatória, mas deve ser adequado às transformações demonstradas pelo preso no decorrer do cumprimento da pena, para que a prisão não se torne inútil e injusta¹¹³.

O período de encarceramento representa momento de solidão e de estagnação em que não se acompanha o desenvolvimento de familiares e amigos, embora haja consciência de sua ocorrência. Mais do que isso, é um período em que a autodeterminação está absolutamente cerceada pela intervenção do Estado. Também por isso é que o retorno da pessoa encarcerada ao convívio social é previsto como paulatino, a fim de que ela possa ser reinserida de forma a se apropriar das alterações vivenciadas no mundo exterior, sem que se sinta uma completa estranha em um ambiente diverso do que deixou no momento da prisão. Se a Constituição Federal impede as penas perpétuas exigindo a regulamentação de um teto máximo de pena a cumprir na seara do direito material, com o mesmo fundamento de preocupação com o tempo de vida digna, estabelece a razoável duração do processo como limitador da eternização do processo com vistas a que o tempo digno seja estendido ao direito processual e, especificamente na execução penal, o sentenciado retorne à sociedade de maneira programada.

As condições degradantes de aprisionamento brasileiras já foram inclusive objeto de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do estado de coisas inconstitucional¹¹⁴, técnica aplicada em controle de constitucionalidade importada da Colômbia a qual permite ao tribunal responsável pela última análise constitucional do Poder Judiciário, em casos excepcionais em que haja “situação de violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação e a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade

¹¹³ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 51.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Rel. Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Publicado em 14 de setembro de 2015. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 set. 2020.

de autoridades”¹¹⁵, reconhecer ações e/ou omissões estatais violadoras de direitos humanos, determinando providências urgentes e necessárias a serem adotadas, traçando metas de cessação das violações e monitorando o seu alcance.

Na oportunidade, o STF acolheu parcialmente o pedido cautelar formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 para declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e determinar a implantação das audiências de custódia no prazo de 90 dias, a impossibilidade de contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional, liberando o saldo acumulado para utilização aos fins a que se destina e, de ofício, o envio de informações acerca da situação prisional. Embora o mérito da ação ainda não tenha sido julgado, os Ministros, ao apreciar a medida cautelar, em seus votos, enfatizaram a crise do sistema carcerário e a necessidade da adoção de medidas para que a dignidade dos presos seja respeitada, considerando que as penas privativas de liberdade estão sendo cumpridas de maneira cruel e degradante, em absoluto desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Assim é que, no Brasil, o tempo da pena de prisão se agrava para além do montante fixado na sentença penal condenatória com as condições de seu cumprimento em estabelecimentos prisionais em completa desconformidade com as normativas internacionais e, no plano interno, com as diretrizes traçadas na Constituição Federal e na legislação que trata da matéria. Esta situação, inclusive, foi reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro¹¹⁶, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018, cumprida pelo Superior Tribunal de Justiça ao conceder ordem de *Habeas Corpus* no mesmo sentido¹¹⁷, oportunidade em que, constatadas graves violações de direitos humanos nele ocorridas por questões de superlotação e de infraestrutura, se determinou a contagem em dobro para cada dia de pena ali cumprida, salvo em pontuais exceções, corporificando a ideia de que tanto a forma quanto as condições de cumprimento de uma pena interferem diretamente na sua intensidade e a única maneira de torná-la equivalente àquela cumprida em local observador dos protocolos internacionais de condições de prisão é pela compensação do tempo. Nota-se que a Corte poderia simplesmente ter aplicado uma

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Rel. Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Publicado em 14 de setembro de 2015. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**, p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹⁶ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 136.961/RJ**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 de abril de 2021. Publicado em 30 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=d:documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2021.

penalidade ao Brasil pelo descumprimento de tratados internacionais ou determinado a realocação dos presos para locais diversos sem os mesmos problemas identificados, mas nada traria justiça no que se refere ao tempo em que cada pessoa permaneceu privada de sua liberdade naquele estabelecimento, pois a sensação do tempo é aumentada pela situação degradante vivenciada. É dizer, a degradação das condições materiais de aprisionamento está intrinsecamente relacionada ao tempo.

Se a realidade brasileira referente à forma de cumprimento da pena por si só é causa de sua intensificação, que ao menos o processo de acompanhamento da pena, o processo de execução penal, obedeça aos direitos e garantias fundamentais, para não se tornar mais um motivo de seu incremento, em especial pela inobservância da razoável duração do processo.

2.2 Breves considerações acerca do tempo

O que seria o tempo? Pode-se defini-lo em horas? Pode-se defini-lo em momentos? Pode-se defini-lo em situações?

O ser humano é moldado desde o nascimento em razão do tempo e constrói ao longo da vida o seu próprio conceito, embora tenha dificuldade em defini-lo de forma objetiva. Desde muito cedo se aprende que há hora para acordar, hora para dormir, hora para comer, hora para tomar banho. Aprende-se, ainda, a divisão do tempo em meses e anos tanto com as atividades escolares quanto com a espera de datas festivas como aniversários, férias e feriados. Percebe-se ainda que alguns dias parecem mais longos, outros mais curtos e constata-se que o tempo caminha em uma única direção: o futuro, pois os momentos vividos não voltam. O tempo vai ganhando contornos cronológicos e existenciais.

Para além do tempo cronológico, o tempo psicológico, o tempo histórico e o tempo social são algumas das suas vertentes. Bodil Jönsson¹¹⁸ já dizia que conceituar o tempo do relógio é fácil. Na medida em que não se pode influir nele, observam-se critério astronômicos, independentes do homem. Entretanto, o tempo pessoal é subjetivo e se refere à maneira como cada indivíduo lida em seus pensamentos com ele e o sente, sendo o que há de mais importante para o ser humano.

Com a limitação de conhecimento acerca da profundidade do conteúdo da Física, e correndo-se o risco de reduzi-la ao extremo, é possível afirmar que a velocidade do tempo é sentida de forma diversa a depender das circunstâncias em que uma pessoa se encontra.

¹¹⁸ JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004, p. 32-36.

Parece evidente que o tempo ande em velocidades diferentes para as pessoas que estão em liberdade e para as pessoas que estão aprisionadas, mas, para além disso, entre estas também haverá discrepâncias. Há pessoas presas que trabalham e há aquelas sem empregos; há quem receba visitas e há aquelas abandonadas por suas famílias e amigos; há idosos e há jovens; e há pessoas com sonhos e aquelas desiludidas. Cada um viverá o seu próprio tempo existencial dentro do cárcere, sendo que a ótica e a sensação do tempo variarão de acordo com as condições materiais e pessoais, recebendo a pena um significado ímpar.

De acordo com Stephen Hawking, “tanto Aristóteles quanto Newton acreditavam em tempo absoluto”¹¹⁹, no sentido de que bastava um relógio devidamente ajustado para que o tempo fosse medido de forma igual entre dois eventos, não importando a pessoa que o medisse, separando de forma independente o tempo do espaço. Albert Einstein, por sua vez, provou que o tempo é relativo e não absoluto: “cada referencial (sistema de coordenadas) tem sua própria noção de tempo; especificar um valor de tempo só faz sentido quando se especifica o referencial ao que ele se refere”¹²⁰. Para ele, era perfeitamente possível que duas pessoas pudessem fazer medições do tempo no mesmo instante e chegar a resultados diferentes, sem que uma delas estivesse errada, caso estivessem em situações de movimento diferentes, ou seja, o fluxo do tempo não é uniforme, podendo ser mais rápido ou devagar, conforme a velocidade do observador¹²¹.

Nos dizeres de Stephen Hawking¹²², a teoria da relatividade ainda provou que o tempo não é independente do espaço, ou seja, deve-se aceitar que eles devem ser combinados para formar o objeto “espaço-tempo”. A teoria da relatividade vem comprovar, portanto, que a sensação do tempo prisional realmente não é a mesma daquela experimentada em liberdade e a divergência entre elas não pode ser completamente desconsiderada. E mais, Albert Einstein também defendia a por ele chamada “origem psicológica do tempo”¹²³, baseada nas lembranças e experiências sensoriais de cada indivíduo, responsável por ordenar os fenômenos de acordo com a lembrança das experiências vividas, de maneira que o conceito de tempo pode sim se relacionar de forma psicológica com as experiências de cada pessoa.

¹¹⁹ HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 31.

¹²⁰ EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade**: sobre a teoria da relatividade especial e geral (para leigos). Trad. Silvio Levy. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 39.

¹²¹ MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015, p. 39.

¹²² HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 37.

¹²³ EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade**: sobre a teoria da relatividade especial e geral (para leigos). Trad. Silvio Levy. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 165-167.

No campo da filosofia, Daniel R. Pastor¹²⁴ sintetiza o pensamento de Aristóteles, Kant e Heidegger acerca do tempo. Para Aristóteles, o tempo seria a medida do movimento; para Kant, o tempo seria uma condição subjetiva que serve para organizar a vida do ser humano; para Heidegger, o tempo está relacionado com o próprio ser, de modo que o seu conhecimento orienta a vida e traz conhecimento da própria existência.

Há também que se considerar o tempo biológico relativo ao tempo próprio de cada organismo vivo para realizar as atividades pertinentes à sua sobrevivência, isto é, a necessidade que cada corpo sentirá de realizar atividades cotidianas e imprescindíveis para se manter saudável como acordar, dormir, comer, respirar. Assim, a noção de temporalidade de cada indivíduo se pautará ainda pelo seu tempo biológico que acabará por influenciar a percepção do ciclo da vida e do tempo subjetivo¹²⁵.

A complexidade da noção de tempo, portanto, supera a racionalidade de uma conceituação simples. É impossível limitá-la à instrumentalização do tempo cronológico como se absoluto fosse, pois, na realidade, trata-se de criação obsoleta e, por vezes, disfuncional, na medida em que não reflete o tempo verdadeiro de cada ser humano.

2.3 O tempo e o Direito

Embora o Direito não se preste a estudar o fenômeno tempo, regulamenta várias das suas implicações. Com base no tempo, diversos institutos jurídicos no campo do Direito são definidos, por exemplo, a prescrição, a decadência, a preclusão temporal, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a modulação de efeitos temporais das decisões judiciais, a maioridade penal, e os lapsos temporais para a concessão de direitos na execução penal.

No entanto, considerando a objetividade do tempo cronológico que gera critério prático e de fácil aplicação, o Direito optou por absorvê-lo – apartando-se de todas as demais ciências que estudam o fenômeno tempo e que já comprovaram sua relatividade –, como orientador único para criar um tempo positivado. Tercio Sampaio Ferraz Junior observa: “trata-se de um tempo existencial, que o direito, mediante positividade normativa, manipula e controla na forma de uma capacidade tecnológica de reinterpretar o passado (sem anulá-lo ou apagá-lo)

¹²⁴ PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 73-74.

¹²⁵ A esse respeito, ver: PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 76-77.

[...] e de orientar o futuro (sem impedir que ele ocorra)”¹²⁶. O Direito, ainda preso a um paradigma objetivo do calendário e do relógio, e a fim de simplificar um conceito que pode apresentar várias facetas, não conseguiu avançar para incluí-las em sua ciência.

Especificamente nos ramos do direito penal e do processual penal, o tempo que nos interessa é aquele que se refere tanto à quantidade de pena, quanto aquele ligado ao andamento dos atos processuais. Para Ana Messuti, “a norma jurídica que estabelece a pena antecipa o futuro, determinando uma quantidade de tempo que será a duração da pena. Contudo, não será a mera duração como sucessão de instantes no tempo natural, mas uma duração objetiva, abstrata”¹²⁷. Até seria defensável afirmar que, quanto à quantidade de pena, o legislador tentou permitir ao juiz a inclusão de outros conceitos de tempo ao cominar limites mínimos e máximos para cada crime, possibilitando que, observadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, a pena fosse individualizada em cada caso concreto. Mas o que parece mais correto seria enquadrar a individualização da fase de fixação da pena não como abertura aos demais conceitos de tempo, mas como uma tentativa de alcance da pena adequada para a conduta praticada, partindo-se da ideia de que a pena é um mal necessário e uma limitação inicial a sua extensão se mostra imperativa a fim de se evitar arbitrariedades.

O aceite e a introjeção dos demais conceitos de tempo na dinâmica da quantidade de pena exigiria uma análise do seu cumprimento que permitisse reavaliar o montante fixado na sentença penal condenatória que seria o patamar máximo, mas não o mínimo. É dizer, o juiz, dentre o intervalo de pena previsto na legislação, fixaria a quantidade a ser cumprida com base nos critérios já existentes e essa quantidade seria o máximo de pena a ser exigido da pessoa condenada, possibilitando que o juiz da execução pudesse reduzi-la se vislumbrasse durante o cumprimento, com base no tempo subjetivo do preso, que o período cumprido já representaria o tempo cronológico e abstrato da sentença penal condenatória. Não é incomum que o tempo prisional modifique o preso, ou que as características precárias do estabelecimento em que se encontra tornem a pena mais tormentosa do que deve ser, o que significaria o aumento simbólico do tempo cronológico. Aliás, Michel Foucault¹²⁸ já defendia a ideia de justa duração da pena como aquela que não apenas observa o crime praticado e suas circunstâncias, mas também acompanha o processo de seu cumprimento, ampliando a individualização para a ótica do sentenciado que está em constante transformação no interior do estabelecimento prisional.

¹²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 12.

¹²⁷ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 238.

Nesse sentido, deve-se considerar que, especificamente no âmbito da execução penal, houve certa sensibilidade ao se criar os institutos da remição, da comutação e do indulto, os quais permitem encurtar a pena aplicada, se preenchidos determinados requisitos. No entanto, uma visão simplista acreditaria no intuito meramente benéfico com que tais institutos são usados para os presos, mas desconsideraria que também são instrumentos de política criminal tanto para incentivar a obtenção de mão de obra barata para determinadas empresas que oferecem vagas de trabalho no interior de estabelecimentos prisionais, quanto para possibilitar ao Poder Executivo – órgão com competência para determinar hipóteses de indulto e comutação – movimentar a população carcerária, caso necessário na gestão de vagas.

A questão do tempo no âmbito prisional é ainda mais séria. O tempo se apresenta intimamente ligado ao ócio e atrai para si uma avaliação negativa, seja da sociedade, seja dos próprios detentos. Para a sociedade, a ociosidade está conectada à ideia de vadiagem e desocupação – aliás, o artigo 59 do Decreto-Lei n. 3668/1941 tipifica como contravenção penal “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”. Independentemente da possível inconstitucionalidade de referido dispositivo¹²⁹, o fato de haver infração penal a esse respeito incute no inconsciente (ou até consciente) coletivo o estigma pela sensação de que a passagem do tempo sem uma ocupação seria algo necessariamente ruim. Por outro lado, para os detentos, o tempo prisional se mostra lento e custa a passar, configurando-se um “tempo perdido”. Kiko Goifman define como “tempo da mente” a dimensão subjetiva que o tempo assume para cada indivíduo e, especificamente, para os presos, acredita se tratar da busca incessante por vencer o tempo morto:

O tempo das mentes – para os presos – também pode ser visto, por um lado, como a ideia de tempo ocioso se faz sentir, como “ficar à toa” pode transformar-se em valor e como o tempo passado é representado como “tempo perdido”, “tempo morto”. Se Melossi (1985) está correto ao associar o surgimento da pena de privação de liberdade por um período de tempo a um momento no qual o tempo passa a ser valorizado como um bem, sem dúvida a prisão alcança sucesso-castigo, pois apesar de o tempo não ser convertido em trabalho útil, a representação usual na prisão é de que foi um tempo inteiramente “morto”.

¹²⁹ A esse respeito, inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua 12ª Câmara de Direito Criminal, concedeu ordem de *habeas corpus* para reconhecer como inconstitucional a contravenção penal de vadiagem, determinando a instauração de incidente de arguição de inconstitucional perante o Órgão Especial. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Criminal. **Habeas Corpus n. 0237401-35.2012.8.26.0000**. Rel. Des. Paulo Rossi, j. 20-03-2013. Publicado em 08 de abril de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 05 abr. 2020.

A riqueza da expressão “matar o tempo”, quando aplicada ao contexto prisional, revela-se. Diante de meses e anos, a referência temporal quantitativa da pena, institucionaliza-se uma nova revolta na mente dos presos, relacionada ao tempo. Este surge como inimigo que deve ser morto, vencido. O longo tempo vivido no ócio assume seu peso e não é de graça que muitos presos justificam seu engajamento em algum tipo de ocupação (quando conseguem) como uma forma de lutar contra o tempo¹³⁰.

Durante todo o período em que está no cárcere, o preso se afasta da vida social, de sua família e amigos e o avanço e desenvolvimento ocorridos se tornam a ele estranhos. Assim, embora envelheça, a vida lhe parece estagnada, conforme reflete Ana Messuti:

A pena, quando aplicada ao sujeito, se “temporaliza” no tempo de vida do sujeito. Isto é, seu transcurso seguirá o fluir do tempo natural que transcorre a vida biológica do sujeito: seguirá seu gradual envelhecimento, e poderá, inclusive, ser interrompida por sua morte. Neste caso, o tempo objetivo impedirá o cumprimento do termo que o direito lhe havia fixado.

Mas também o tempo da pena é experimentado na consciência do sujeito que a vive. Também a pena tem sua terceira dimensão temporal: a do tempo subjetivo, o tempo da consciência.

[...]

A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente o “tempo da pena”, não pode ser a mesma daquele que vive livre de pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente. E esta imobilidade poder-se-ia qualificar de espera¹³¹.

Avançando para as questões relativas ao andamento processual, por sua vez, o tempo cronológico se apresenta, inicialmente, como o único instrumentalizável. Apesar disso, o período de duração do processo não é vivenciado pelas partes apenas com base no calendário. A espera pelo provimento jurisdicional torna o processo uma pena em si mesmo que aumenta em intensidade com a delonga injustificada e, portanto, irrazoável; uma pena que não só não está prevista em lei e ofende a própria legalidade, como torna o Estado um apropriador de um bem que não lhe pertence: o tempo. Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró afirmam: “quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível”¹³².

¹³⁰ GOIFMAN, Kiko. **Valetes em *slow motion***: a morte do tempo na prisão: imagens e textos. Campinas: Unicamp, 1998, p. 113-114.

¹³¹ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003, p. 43-44.

¹³² LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

Há que se observar a gerência do tempo processual por parte do Estado. Se há necessidade de fixar um prazo para a prática de atos das partes, há necessidade de prazo para o provimento jurisdicional, observando-se sempre a razoabilidade. Mais do que isso, o Estado precisa gerenciar os chamados “tempos mortos” ou “tempos de parada”¹³³ do processo, de tal forma que não basta a obediência das partes ao tempo cronológico previsto em lei. No âmbito processual, o Estado é responsável por gerir o tempo e, para tanto, deve desenvolver ferramentas gerenciais, pois a ele cabe liderar o seu andamento. Não se pode admitir que em uma era tomada pela tecnologia, os processos judiciais não sejam controlados por um sistema informatizado eficiente, por meio do qual seja possível fiscalizar prazos, extrair relatórios, priorizar demandas urgentes, compartilhar dados. A administração processual cabe ao Poder Judiciário que precisa conduzir o trâmite do processo e ao mesmo tempo adotar medidas de gestão para que este ocorra de modo a observar todos os direitos e garantias processuais das partes.

2.4 O tempo na execução penal

Em se tratando de execução penal, não há que se falar em atropelar direitos e garantias fundamentais com vistas a se obter uma resposta punitiva célere. O preso já recebeu a resposta punitiva e sente o seu peso diariamente durante o cumprimento da pena.

Durante o processo de conhecimento, o tempo aparenta correr contra o Estado e a favor do indivíduo processado: com o decorrer do tempo, as provas desaparecem, as incertezas surgem e a prescrição se mostra imperativa. Nota-se que as consequências existentes para o transcurso do tempo podem alcançar situações irreversíveis no que se refere à possibilidade de punição pelo delito ocorrido. Esta lógica, no entanto, se inverte quando se observa o processo de execução: o Estado gerencia integralmente o tempo processual e se empodera dessa preciosa ferramenta, seja para manter o superencarceramento, mantendo os “invisíveis e indesejados” alijados da sociedade pelo maior tempo possível, seja para facilitar a saída de determinados presos a fim de se liberar vagas no superlotado sistema carcerário quando esta providência se revelar necessária. Nesta fase processual, ressaltados os expedientes que analisam a ocorrência de falta disciplinar os quais se assemelham ao rito do processo de conhecimento, não há que se falar em prescrição como punição pela demora estatal em implementar os direitos dos presos,

¹³³ “Tempo de parada significa o tempo de que a gente precisa para se organizar, para pôr as coisas em ordem antes de começar a realizar qualquer tarefa”. JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004, p. 42.

nem em desaparecimento de provas pelo passar do tempo. Além disso, ignoram-se outras consequências processuais em detrimento do Estado. Em suma, o Estado se torna senhor do tempo e a legislação não prevê limites (temporais) para sua atuação. Esquece-se que o processo penal democrático possui uma faceta de garantia contra o arbítrio estatal e, nesse sentido, a correta e adequada velocidade deve ser observada em qualquer processo ou procedimento, inclusive, naquele em que se acompanha o cumprimento de uma já existente condenação.

Se o processo de execução é um caminho para a obtenção da liberdade e nele o tempo corre somente contra o sentenciado – quanto mais longo o processo, mais distante se mostra a retomada da liberdade – com mais força deve existir uma preocupação com os contornos da aplicação da razoável duração do processo, a fim de que a restrição de direitos advinda do cumprimento da pena se dê apenas nos estritos limites da legalidade.

O preso, em cumprimento de pena, perde apenas sua liberdade – e os direitos decorrentes da condenação –, mas não (ou ao menos não deveria perder) sua dignidade nem os demais direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados pela Constituição Federal. Desse modo, a importância de se prever limites à atuação estatal ao interferir na vida de seus administrados de maneira a impedir que outros direitos não atingidos pela condenação criminal sejam feridos. Todo poder sem limites tende a ser extrapolado e a alcançar o arbítrio. Oscar Vilhena, aliás, esclarece que a força dos direitos humanos emergiu após a Segunda Guerra Mundial, momento no qual “a maioria das vítimas foi morta pelos seus próprios Estados”¹³⁴ e reforça a ideia de que a positivação dos direitos e garantias fundamentais foi instrumento de limitação do poder absoluto estatal que se tornou uma real ameaça ao seu povo desde aquela época. Soma-se a definição de Virgílio Afonso da Silva no sentido de que os direitos fundamentais “são direitos concebidos sobretudo como forma de garantir esferas de autonomia dos indivíduos contra intervenções estatais em suas liberdades”, estando “historicamente ligados à relação entre indivíduos e Estado”¹³⁵.

O autor ainda defende a necessidade de atuação estatal para a implantação efetiva dos direitos fundamentais, a qual “pode ocorrer de várias formas: por meio da legislação, por meio da criação de procedimentos e instituições, por meio da implementação de políticas públicas, dentre várias outras”¹³⁶. Pensando na efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo no âmbito da execução penal, deve-se enxergar o processo como instrumento de

¹³⁴ VILHENA, Oscar. Três teses equivocadas sobre os direitos humanos. In: **Manual de Mídia e Direitos Humanos**. São Paulo: Consórcio Universitário pelos Direitos Humanos e Friedrich Ebert Stiftung, 2001, p. 79-80.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 113.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 104.

garantia criado pelo Estado e, como tal, não pode ser por ele utilizado para impor nova punição ao preso. A sanção devida já fora fixada, sob o crivo do devido processo legal, não podendo em fase de execução ser aumentada com o mero tramitar processual em desrespeito à velocidade adequada. No que se refere à dicotomia tempo e poder, Aury Lopes Junior assevera:

A concepção de *poder* passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. [...] o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena¹³⁷.

Assim, embora muito se fale na doutrina acerca da violação à presunção de inocência e outros direitos fundamentais com uma prisão cautelar desnecessária durante o julgamento de réu que não observa a razoável duração do processo, é chegada a hora de avançar e olhar que o trauma processual também é sentido pelo condenado quando não vê implementados os seus direitos no momento oportuno. É dizer, também pode haver (como, de fato, há) violação à razoável duração do processo de execução penal. Uma vez que o direito fundamental à razoável duração do processo não faz ressalvas nem exclui de sua abrangência quaisquer processos ou procedimentos, não há como se furtar à sua aplicação ao processo de execução. Mais: são necessárias consequências para sua violação, sob pena de o direito se tornar letra morta, pois a inexistência de sanção correspondente para a violação de um direito faz com se torne difícil de exigir sua efetivação e observância.

Se o Estado já foi responsável por gerir o *jus puniendi* e aplicar a pena que considerou suficiente e adequada ao condenado em razão do delito praticado, não se pode novamente permitir que esta pena aplicada seja aumentada por meio do incremento de sofrimento ao preso seja pela ineficiência na fiscalização de seu cumprimento, seja pelo arbítrio no processo de execução. Como processo que é, a execução da pena deve se subsumir aos mesmos direitos e garantias fundamentais que o processo de conhecimento e às regras que o regem devem ser claras e objetivas a fim de que o condenado saiba os próximos passos e tenha consciência de tudo o que será enfrentado no cumprimento da pena, até porque quanto mais se prolonga no tempo o processo de execução, mais renegado, desmotivado, descrente e angustiado fica o sentenciado, fazendo com que a pena que deveria ser privativa de liberdade passe a ter também um caráter psicológico e social. É o que defende Paulo Arantes:

¹³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 30.

fazer esperar já é punir, na exata medida eu não se pune mais para corrigir um desvio, mas para agravar um estado indefinido de expiação e contenção. No limite do próprio tempo: é sabido que a “ausência de tempo”, que corrói o transcorrer de uma vida em reclusão carcerária, mina e destrói o sistema imunológico, além de gerar transtornos neurológicos e psíquicos imprevisíveis¹³⁸. (destaques do autor)

Para além disso, quanto maior o tempo em que o preso fica no cárcere, maior o estigma que ele carrega, pois será socialmente visto como mais perigoso e, automaticamente, enfrentará maiores entraves para se recolocar social e profissionalmente.

Na prática, o que se vê é a inclusão de inúmeros muros – para além dos fisicamente existentes – no caminho para a liberdade. O sistema progressivo do cumprimento da pena não funciona a contento, tal como previsto, e o Estado-Juiz, ao manusear a lei de execução penal, encontra brechas para obstar ou postergar ao máximo a obtenção da liberdade, consoante se verá no próximo capítulo.

¹³⁸ ARANTES, Paulo. Zonas de espera: uma digressão sobre o tempo morto da onda punitiva contemporânea. In: **O novo tempo do mundo**: e outros estudos sobre a era da emergência. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 150.

3 VIOLAÇÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO (MAIS UM) ELEMENTO DESLEGITIMADOR DAS FINALIDADES DA PENA

O presente capítulo se destina a entender de que maneira o desenvolvimento atual do processo de execução contribui para que a pena aplicada alcance as finalidades desenhadas pela lei e pela jurisprudência brasileira. Para tanto, será necessário discorrer brevemente acerca das finalidades da pena aceitas no Brasil e, na sequência, entender as práticas processuais da execução penal.

3.1 Finalidades da pena

Tratar das finalidades da pena não é tarefa simples, pois envolve toda percepção teleológica do direito penal. O caminho para se buscar uma função para a execução penal deve necessariamente passar pelas finalidades da pena, na medida em que a execução é o meio pelo qual se busca dar efetividade àquela, ou seja, alcançar a finalidade desejada. Assim, pretende-se descrever, resumidamente, as ideias centrais das principais teorias legitimadoras debatidas na doutrina penal.

Seguindo uma análise histórica, inicialmente, a pena possuía uma finalidade exclusivamente retributiva, ou seja, representava um fim em si mesmo, trazendo a ideia de retribuição do mal do crime como consequência direta dele. Não se buscava nenhum efeito futuro com a aplicação da pena, voltando-se, somente, a uma referência ao passado, ao crime cometido¹³⁹. Nesse contexto, a pena de prisão se limitava a castigar o criminoso, retribuindo-lhe o mal por ele causado¹⁴⁰. Dentro das teorias retributivas, a teoria da vingança e da expiação, assim como as visões de Kant e de Hegel merecem destaque.

Para a teoria da vingança, a pena seria um castigo necessário a ser aplicado ao agente criminoso como resposta ao anseio social para que ele fosse punido. Talvez a presente teoria remonte aos tempos primeiros, em que a pena era uma questão de honra e voltada única e exclusivamente para se vingar do criminoso, como expressão de força.

Oswaldo Henrique Duek Marques afirma:

Atualmente, nas práticas penais permanece uma demanda mítica de vingança contra quem transgride normas consideradas imprescindíveis à ordem social, não obstante os avanços teóricos e científicos atribuídos às funções das

¹³⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004, p. 29.

¹⁴⁰ Nesse sentido, ver: BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 46.

sanções penais, alicerçadas em princípios constitucionais fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

[...]

O mito traduz uma realidade intrínseca da natureza humana, na qual se insere a vingança, de caráter eminentemente emocional. Somente com a conscientização dessa demanda de vingança nas práticas penais existirá a possibilidade de refletir sobre essas práticas e de humanizá-las, tornando-as efetivamente benéficas para a sociedade¹⁴¹.

A teoria da expiação, por sua vez, enxergava na pena a finalidade de cura do mal interior gerado no próprio agente pelo crime, purificando-o e libertando-o moralmente da culpa pela conduta criminosa¹⁴². Referida teoria se ligava à ideia de expiação moral, como forma de purificar o criminoso de um pecado praticado e, para tanto, se conectava diretamente à noção de arrependimento, afinal, somente aquele que se arrepende pode ser purificado. Para Alexis Couto de Brito, “a ideia de expiação da culpa era típica do período medieval, marcado pelo despotismo e pela confusão entre Igreja e Estado”¹⁴³ e segue afirmando que não mais se sustenta a sua manutenção na sociedade contemporânea.

Considerando não ser unívoca a perspectiva kantiana da teoria retributiva de Kant¹⁴⁴, traz-se a leitura de Heiko H. Lesch¹⁴⁵, que é a majoritária, segundo a qual a pena seria necessária para reparar o injusto social causado pelo crime na comunidade, como um “imperativo categórico”. Se não aplicada, a comunidade praticaria uma injustiça, sendo partícipe do dano causado pelo crime, pois todo aquele que pratica um crime deve ser punido. É dizer, a única forma de se alcançar a justiça é por meio da pena. A teoria kantiana pressupõe a ideia de compensação, de maneira que a pena deve ser proporcional ao injusto praticado, pois somente com base na proporcionalidade a justiça seria atingida. Ainda, para Kant, agora referenciado por Salo de Carvalho¹⁴⁶, a pena não pode ter uma finalidade utilitária, sob pena de instrumentalizar o homem que deve ser visto como um fim em si mesmo.

¹⁴¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 08-09.

¹⁴² LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 07.

¹⁴³ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 47.

¹⁴⁴ A esse respeito, Naucke esclarece: “Kant não se satisfaz com a equiparação: infração a uma proposição positiva = conduta merecedora de retribuição;” NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 87.

¹⁴⁵ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid: Dykinson, 1999, p. 11.

¹⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 120.

No mesmo sentido invoca-se novamente Heiko H. Lesch¹⁴⁷ para sintetizar a teoria retributiva de Hegel, teoria que busca, na pena, restabelecer a ordem jurídica. Em outras palavras, a pena, por também possuir um caráter negativo como o crime, é capaz de anular o fato negativo por ele gerado e leva a comunidade a retornar ao estado positivo anterior à sua prática. Tal como na matemática, em que o negativo somado ao negativo gera um efeito positivo, o crime com a pena se compensa e, nesse contexto, a pena possuiria a finalidade de justamente recompor o efeito do crime. Se não aplicada, a comunidade permaneceria sentindo o seu efeito negativo e a ordem jurídica não seria restabelecida. E mais, ao praticar o delito, o agente afirmaria socialmente que a conduta praticada é permitida (por isso a praticou), assim, a única forma de corrigir a mensagem para a sociedade seria por meio da pena.

A retribuição pura e simples, isolada de qualquer outra finalidade, pensa-se, não corresponde aos objetivos da execução penal, conforme estampado no artigo 1º da Lei de Execução Penal¹⁴⁸. Afinal, se os únicos fins fossem a vingança, o castigo, a expiação ou a justiça (kantiana ou hegeliana), não seria possível alcançar a ressocialização do condenado. Dessa forma, olhando-se as finalidades da pena sob a ótica do processo executivo, não é possível limitar sua análise às teorias retributivas. Não se trata de negar o sofrimento experimentado pelo condenado durante o cumprimento da pena. Aliás, sobre este aspecto, Guilherme de Souza Nucci afirma: “a pena é um mal; fosse um benefício, incentivaria a prática de delitos. Considerando-se haver um sofrimento natural do ser humano em face do cumprimento da sanção penal, torna-se supérfluo negar o seu caráter retributivo”¹⁴⁹. Concorde-se, neste ponto, com o doutrinador. Por outro lado, reconhecer a carga negativa inerente à pena não autoriza o Estado Democrático de Direito, por seu *ius puniendi*, a substituir a vingança privada pela vingança institucionalizada. Portanto, admitido o mal inerente à pena, imperativo se faz alcançar um objetivo social com a sua aplicação, sem o qual esta seria mera retribuição.

Para tanto, as teorias relativas ou preventivas preconizam a ideia de que a pena deve atingir alguma finalidade futura, afinal, a partir do momento em que o Estado racionaliza o direito de punir assumindo-o na sua inteireza e afasta, como regra, a atuação dos particulares, não se admite a mera vingança, mas é necessário o alcance de um fim com a aplicação da pena.

¹⁴⁷ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid: Dykinson, 1999, p. 12-14.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Os conceitos básicos da execução penal no Brasil. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Execução penal no Brasil: estudos e reflexões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 18.

As teorias relativas se dividem em prevenção geral negativa e positiva, além da prevenção especial negativa e positiva.

Como se intui da própria nomenclatura consagrada na doutrina, a prevenção geral se volta para toda a sociedade e não apenas à pessoa condenada. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “as teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social”¹⁵⁰. A prevenção geral positiva se refere à confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico vigente, na medida em que a existência da pena valida as regras de conduta de determinada sociedade, pois se quem pratica o crime é punido, a lei é válida e deve ser obedecida por todos. Já a prevenção geral negativa objetiva coibir a prática de novos delitos pelos membros que compõem o corpo social e, para tanto, defende que se o culpado pelo crime recebe punição, as demais pessoas, enxergando o exemplo, se sentirão intimidadas e não praticarão condutas criminosas visando evitar a punição.

A prevenção especial, por sua vez, volta-se à pessoa que delinuiu, incorporando a ideia de utilidade da pena. A perspectiva da prevenção especial positiva é a recuperação (ou reeducação) do agente. Já as compreensões da prevenção especial negativa são a inocuidade desse mesmo agente que, em especial, durante o período de encarceramento (no caso da pena privativa de liberdade), estará impossibilitado de praticar novos crimes, e a sua intimidação para não desejar sofrer nova punição com condutas futuras.

Conforme sintetiza Luigi Ferrajoli, as teorias preventivas

podem, portanto ser distinguidas segundo dois critérios, quais sejam: aquele que diz respeito à esfera dos destinatários da prevenção, *geral* ou *especial*, dependendo do fato de que o *ne peccetur* refira-se somente à pessoa do delinquente ou aos cidadãos em geral; e aquele que diz respeito à natureza das prestações da pena, *positivas* ou *negativas*, dependendo dos destinatários da prevenção penal. Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui¹⁵¹.

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 159.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 245.

Por fim, as teorias mistas, ecléticas ou unificadoras afirmam que a pena acaba tanto apresentando finalidades de retribuição, quanto de prevenção. Admitem, assim, a união de ideias das teorias absolutas e das teorias relativas, podendo somá-las – teorias aditivas – ou extrair pontos fundantes de ambas para formar o seu alicerce, estabelecendo critérios preponderantes a serem observados no momento de sua aplicação – teorias dialéticas. Na definição de Paulo Queiroz:

Dizem-se teorias unitárias (ou mistas ou ecléticas) todas as teorias – majoritárias na atualidade – que, almejando superar antinomias entre as diversas formulações teóricas apresentadas, pretendem combiná-las ou unificá-las ordenadamente. Ambicionam, sem compromisso com a pureza ou monismo de modelos, característicos das teorias absolutas e relativas, explicar o fenômeno punitivo em toda a sua complexidade e pluridimensionalidade¹⁵².

A leitura do artigo 59 do Código Penal, neste ponto, parece encerrar qualquer dúvida acerca da teoria adotada pela legislação brasileira. Segundo o dispositivo legal, entre outras informações, o juiz fixará a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Fica a percepção, assim, de que o Código Penal acolheu a teoria mista aditiva¹⁵³. No entanto, definir a adoção da teoria mista aditiva seria simplificar todo o ordenamento jurídico brasileiro a uma ideia que aceita qualquer viés retribucionista e preventivo, permitindo, conseqüentemente, amplo grau de discricionariedade para o juiz, seja na aplicação, seja no cumprimento da pena. Se todas as finalidades fossem permitidas de igual modo, o juiz, sem balizas, poderia se valer de qualquer delas para fundamentar o seu entendimento. A seguir essa diretriz, não haveria qualquer incongruência na adoção, pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, da teoria da prevenção especial positiva ao buscar a ressocialização do condenado e construir caminhos para a sua reinserção social (“Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”); tampouco no alcance dos ideais da prevenção geral negativa com a tendência legislativa de incrementar penas ou tornar o seu cumprimento mais severo, por exemplo, com o aumento do limite máximo de cumprimento de pena no Brasil para 40 anos, trazido pela alteração legislativa n. 13.964/2019; ou, ainda, no aceite da teoria retributiva da expiação ao se exigir o

¹⁵² QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 407.

¹⁵³ Neste sentido, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 465.

arrependimento como fundamentação idônea para se deferir a progressão de regime, após a submissão do condenado a exame criminológico¹⁵⁴.

Portanto, a confusão a que remete a teoria mista aditiva que parece ter sido adotada pelo Brasil, infelizmente, permite toda e qualquer interpretação pelo jurista, amplia os poderes do magistrado¹⁵⁵ e sujeita a pessoa humana que praticou crime a possíveis violações de seus direitos e garantias fundamentais, deslegitimando todas as finalidades expressadas pelas teorias clássicas. Justamente porque o intérprete pode estabelecer os melhores caminhos com base na definição legislativa, adotar a teoria mista aditiva que afrouxa as balizas legais, permitindo que a finalidade da pena seja definida por atividade interpretativa, não parece ter sido uma escolha acertada, na medida em que referida definição deveria ser tarefa do Poder Legislativo, com base em decisões de política criminal.

Aliás, atento ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro declarado pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 347, entende-se que o único caminho atual de justificação racional da pena seria aquele trazido pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁵⁶, o qual propôs, por meio de uma teoria deslegitimadora, o surgimento da teoria negativa ou agnóstica da pena, defendendo que ela nunca é um bem a serviço do Estado, mas uma violência legalmente instituída, o chamado vulgarmente “mal necessário”. Nega-se efeito positivo à pena (daí porque teoria negativa) e afasta-se de quaisquer funções identificadas pelas teorias clássicas (daí porque teoria agnóstica) justamente por não vislumbrar, na prática, que sejam alcançadas. A pena, portanto, se resumiria a um exercício de poder político, a “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”¹⁵⁷ e, como tal, seria importante instrumento de limitação do poder punitivo estatal, em especial na contenção da violência inexplicável ocorrida no sistema carcerário brasileiro, racionalizando o tempo permitido de punição. Entende-se que limitar e reduzir o poder punitivo estatal é a única

¹⁵⁴ A este respeito, destaca-se o trecho do seguinte julgado: “E, acredita-se, o mais importante de tudo: arrependimento sincero e concomitantemente assunção de responsabilidade pelos atos cometidos. Não se exige o ideal. Não se espera que tenha havido uma conscientização total, porém, o mínimo necessário para a convivência em sociedade, com a concreção de valores positivos”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Criminal. **Habeas Corpus n. 2055141-38.2021.8.26.0000**. Rel. Des. Tetsuzo Namba, 24 de março de 2021. Publicado em 24 de março de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14483235&cdForo=0>. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁵⁵ A este respeito, ver: ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 141.

¹⁵⁶ A teoria negativa ou agnóstica da pena está analisada pormenorizadamente na obra: ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

finalidade não idealista da pena, mas real e efetiva que racionaliza o direito penal dentro do Estado Democrático de Direito e atinge os nortes constitucionais. No que se refere especialmente à execução penal, conforme se verá a seguir, o andamento do processo e as práticas processuais adotadas violam costumeiramente direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal, notadamente a razoável duração do processo e, por corolário, transformam a pena somente em algo simbólico e sem qualquer função legítima¹⁵⁸. Não reconhecer a teoria negativa como viável reforçará a manutenção desta realidade violadora sem limites.

3.2 Da ausência de sistematização e padronização do processo de execução penal

Ao contrário da lógica do processo de conhecimento, o processo de execução penal, se analisado como um todo, não segue a ideia de atos concatenados para a produção de um resultado. É bem verdade que o fim do processo de execução é o cumprimento da pena, de modo que, para as penas privativas de liberdade, ele se inicia formalmente com a autuação da guia de recolhimento, nos termos dos artigos 105 e 106 da Lei de Execução Penal¹⁵⁹, e segue até a extinção da pena pelo seu cumprimento ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal brasileiro¹⁶⁰. Não obstante, o caminho pelo qual o processo será conduzido dependerá de fatores incidentais do curso do cumprimento da pena (a prática de eventual falta grave que retardará a obtenção de direitos por interferir no comportamento carcerário do preso e o exercício de atividade laborativa que ensejará a formação de um expediente de remição são exemplos das diferenças que podem ocorrer em cada caso concreto), impossibilitando a previsão engessada de todos os atos processuais, como ocorre no processo de conhecimento, em que o procedimento é absolutamente sequencial e o rito deve ser seguido sob pena de nulidade, consoante o artigo 564, III e IV, do Código de Processo Penal¹⁶¹. Em outras palavras, aquele que é denunciado e se defende no bojo de um processo de conhecimento, terá a sequência de atos processuais, ao menos idealmente, de forma

¹⁵⁸ Nesse sentido, Oswaldo Henrique Duek Marques argumenta: “A execução penal, do ponto de vista prático, tem refletido a função simbólica não legitimadora da pena, de canalizar a demanda primitiva de vingança, buscando restabelecer o equilíbrio social de cunho emocional, embora a sanção penal da atualidade encontre arrimo em princípios constitucionais e seja referendada pela ordem social”. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 148-149.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁶⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

padronizada pela legislação. No processo de execução, há inúmeros fatores que impedem a absoluta rigidez sequencial de atos (não de forma!), por exemplo, se o sentenciado desempenha atividade laboral, se comete falta disciplinar ou se é reincidente. A depender de tais fatores exemplificados, cada sentenciado terá um processo de execução com sequência de atos processuais diversa, sem relação de prejudicialidade entre eles. Contudo, a impossibilidade de previsão legal de uma sequência única dos atos para todos os processos em fase de execução não pode ser usada e aceita como motivo para relativizar direitos e garantias fundamentais da pessoa condenada – até porque, em regra, a condenação restringe tão somente o direito de liberdade e os direitos políticos, sendo assegurado ao condenado “todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”¹⁶². Desde 1988, Ela Wiecko V. de Castilho afirmava:

A finalidade da execução deve ser explicitada em lei para que sirva de orientação aos seus intérpretes e aplicadores. É evidente que a lei não pode fixar toda a atividade da execução. Mas do princípio decorre a previsão de uma intervenção judicial através de procedimento que assegure todas as garantias jurisdicionais [...] ¹⁶³.

A dificuldade no estabelecimento de uma padronização rígida da concatenação de atos processuais e a ausência de regulamentação legal mais depurada, em contrapartida, não podem permitir a discricionariedade absoluta para que cada autoridade judicial conduza, do seu modo, o cumprimento da pena dos condenados sob sua jurisdição, atropelando-se os princípios da legalidade e do devido processo legal e, conforme se verificará, o direito fundamental à razoável duração do processo. A sequência dos atos no cumprimento da pena deveria ser flexível apenas no que se refere às ocorrências individuais em cada caso concreto. Por exemplo, a flexibilidade poderia residir nos diferentes comportamentos carcerários, na eventual prática de falta disciplinar, nas remições por trabalho ou estudo e na existência ou não da reincidência. Eventual diferença no trato da formalidade do processo de execução – especialmente aquela que altere o tempo da tramitação –, sem se relacionar com as hipóteses mencionadas, não é isonômica e afasta de imediato o ideal de justiça. Duas pessoas condenadas à mesma pena, que preenchem os mesmos requisitos subjetivos, não podem ter diferentes sequências de atos processuais na fase de execução penal e, conseqüentemente, tempos diferentes na análise de seus direitos. Viola, ao final, o direito fundamental à razoável duração do processo a situação em que, para

¹⁶² BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

¹⁶³ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

uma daquelas pessoas (lembrando que preenchem os mesmos requisitos subjetivos) se condiciona a progressão de regime à realização de exame criminológico e, para a outra, há decisão analisando diretamente o mérito do seu pedido de progressão. Sem prejuízo de melhor detalhamento sobre o exame criminológico que será feito a seguir, sabe-se que se trata de ocorrência não regulamentada legalmente para a progressão de regime, que exacerba a discricionariedade judicial. O vazio é preenchido por decisões aleatórias violadoras, entre outras garantias e direitos, da razoável duração do processo.

Faz-se necessária uma regulamentação legal mínima, fixando prazos, delimitando as possibilidades, com vistas a diminuir o espaço de discricionariedade judicial na condução do feito, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica e de transformar o processo de execução em uma loteria, na medida em que o andamento dos pedidos formulados em seu bojo tramitariam de formas e em tempos diversos a depender do local de cumprimento de pena e da autoridade competente para analisá-los. Considerando que a pena privativa de liberdade subtrai tempo de vida útil do condenado, a principal limitação a ser trazida pela legislação deveria ser voltada a assegurar, no processo de execução, a razoável duração do processo.

Talvez seja possível atribuir o excesso de discricionariedade do processo de execução a sua origem administrativa. Na visão de Ela Wiecko V. de Castilho¹⁶⁴, a execução penal, por um longo período, foi tida como uma “relação especial de poder”, na qual haveria uma “sujeição do súdito perante o Estado”. Uma vez condenada, a pessoa se sujeitaria à vontade do Estado que poderia adotar toda e qualquer medida para que se efetivasse o cumprimento da pena e esta atingisse a finalidade desejada, de tal forma que o condenado era tratado como um objeto a serviço dos desejos do Estado, sem limites para executar a pena, e não um sujeito de direitos. Após a condenação pelo Poder Judiciário, a fase executória ficava a critério do Poder Executivo, possuindo a execução penal natureza jurídica eminentemente administrativa¹⁶⁵, conforme esclarece Alexis Couto de Brito:

Por muito tempo entendeu-se que a execução da pena fosse atividade de caráter estritamente administrativo, como aplicação da Lei pelos órgãos encarregados de tutelar o condenado. Excepcionalmente, algum incidente passava às mãos do Judiciário, o que sempre foi encarado como desnecessário. Um dos principais motivos para esse entendimento era a ausência de um processo, em sua acepção judicial e bem explorada pelo Direito Civil¹⁶⁶.

¹⁶⁴ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do direito de execução penal. In: **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 24-49, set.-dez. 2014, p. 37.

¹⁶⁶ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 38-39.

Salo de Carvalho¹⁶⁷ acrescenta que a teoria da separação de poderes de Montesquieu atribuiu caráter administrativo à execução da pena, pois a atividade do Estado-juiz se encerraria com a sentença penal condenatória, cabendo ao Estado-administração executar a pena aplicada.

A ilustrar a situação, ainda se discute o instituto da coisa julgada no processo de execução penal. Consolidou-se a ideia de que no processo de execução deve ser aplicada a cláusula *rebus sic stantibus*¹⁶⁸, segundo a qual a validade de uma decisão segue a lógica da permanência da situação tal como se encontra, permitindo-se ao juiz individualizar a pena em sede de execução. Referida regra seria a responsável por possibilitar, por exemplo, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena fixado na sentença penal condenatória quando necessária a unificação com pena de outra condenação, reverter penas alternativas em privativas de liberdade em caso de descumprimento, e reconhecer a reincidência de sentenciado condenado como primário. Paradoxalmente, a cláusula *rebus sic stantibus*, na atualidade, não legitima o juiz, presentes determinadas circunstâncias supervenientes, a extinguir a pena antes do seu término ou reduzi-la na fase executória (embora se simpatize com a ideia), ficando dependente, para tanto, da edição de decreto de indulto presidencial.

Ainda que se aceite, em razão de expressa disposição legal, que o processo de execução penal se inicia de forma compulsória e por ato de ofício do juiz do processo de conhecimento, autoridade competente para emissão da carta de guia de recolhimento¹⁶⁹, e não por ato voluntário das partes (destoando da máxima da inércia da jurisdição e dos demais processos em geral), ele deve obedecer aos princípios constitucionais básicos de todo e qualquer processo penal, em especial, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, os quais fornecem consistência para a formação de coisa julgada das decisões nele proferidas. Aliás, a sua oponibilidade como limitadora do direito de punir estatal está consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI, de modo que uma vez proferida decisão judicial sem impugnação das partes, ela não pode ser alterada, salvo se verificado erro material e ainda assim vedada a *reformatio in pejus*¹⁷⁰. Não se trata, portanto, de seguir a

¹⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 154.

¹⁶⁸ Nesse sentido, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA, Antonio Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 337-338; BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 61.

¹⁶⁹ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Artigo 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena”.

¹⁷⁰ Neste sentido, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma), **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.535.016/GO**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 02 de março de 2021. Publicado em 08 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901898976&dt_publicacao=08/03/2021. Acesso em: 25 mar. 2021.

cláusula do *rebus sic stantibus* para modificar a maneira de cumprir a pena imposta ou até mesmo sua quantidade por alterações fáticas e atribuídas ao sentenciado (como a prática de falta grave ou o exercício de atividade laborativa que interferirão na contagem de lapsos para direitos e quantidade de pena), mas de se permitir assegurar ao sentenciado – e também ao Ministério Público –, enquanto partes processuais certa segurança jurídica em relação às decisões processuais.

Evidentemente, não se está referindo a alterações legislativas que implicam melhorias para o sentenciado e que podem, – na verdade, devem –, modificar situações jurídicas até então consolidadas, uma vez que há previsão constitucional expressa, *a contrario sensu*, no sentido de que a lei penal pode retroagir para beneficiar o réu¹⁷¹. Refere-se a decisões judiciais proferidas no curso do processo de execução as quais definem pedidos das partes e, portanto, devem ser acobertadas pela garantia da coisa julgada. Guilherme de Souza Nucci defende que apesar da dificuldade em gerar coisa julgada material, as decisões interlocutórias proferidas no processo de execução penal se submetem à preclusão formal¹⁷². Se houve análise pelas partes de determinado cálculo de penas elaborada pelo juízo utilizando como parâmetro certa data, prazo ou lapso para os direitos em sede de execução, a decisão judicial que o homologa, deve transitar em julgado e impossibilitar nova discussão acerca da matéria. Assim, se houve decisão, não impugnada pelas partes, acerca da aplicação de determinado lapso da pena para fins de progressão de regime, este lapso deverá ser o aplicado, caso não haja nenhuma modificação futura ensejando sua revisão por enquadrar o sentenciado em situação jurídica diversa. Vale a regra da coisa julgada no processo penal, de acordo com o entendimento de Rogério Lauria Tucci:

Há que se fixar com exatidão os contornos da coisa julgada, no processo penal, que se diversificam ante a variação da natureza jurídica do ato decisório por ela tutelado: se final, de absolvição do acusado, ou de extinção da punibilidade, torna-se ele perenemente imutável; e, se condenatório, terminativo ou interlocutório, a coisa julgada opera apenas formalmente, consistindo no impedimento de as partes discutirem e o juiz versar novamente sobre as questões decididas, dada a imodificabilidade da sentença, ou decisão, como ato processual, e consequente preclusão ou exaurimento da função de órgão jurisdicional em determinado processo¹⁷³.

¹⁷¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Artigo 5º, XL. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Os conceitos básicos da execução penal no Brasil. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Execução penal no Brasil: estudos e reflexões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 01-21.

¹⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 257.

Atualmente, com a complexa relação existente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo na forma como a pena é executada, discute-se se a natureza jurídica da execução penal é mista ou jurisdicional. Ada Pellegrini Grinover entende se tratar de natureza mista desenvolvida nos “planos jurisdicional e administrativo”¹⁷⁴. Antonio Scarance Fernandes¹⁷⁵, por sua vez, defende tratar-se de processo jurisdicional, ressaltando que esta classificação é salutar por fortalecer a ideia de um processo de execução penal protegido por direitos e garantias fundamentais, em especial, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em que o sentenciado é tratado como sujeito de direitos. De fato, reconhecer a natureza jurisdicional ao processo de execução penal é a compreensão mais respeitadora da Constituição Federal de 1988. Do contrário, ao se admitir a sua natureza administrativa, ainda que em caráter misto, significaria inserir, na relação jurídica processual, a prevalência dos interesses do Estado sobre os interesses dos indivíduos e, eventualmente, a prática de determinados atos administrativos por juízos de conveniência e oportunidade. O processo de execução penal, no contexto do Estado Democrático de Direito, não é compatível com a ideia de prevalência dos interesses do Estado em face dos interesses daqueles que cumprem pena, havendo, nos dizeres de Rodrigo Duque Estrada Roig “polos distintos de interesses (Estado e indivíduo), cada qual refletindo suas próprias pretensões”¹⁷⁶. Ademais, todos os possíveis atos administrativos praticados no momento do cumprimento da pena (por exemplo, a determinação específica do estabelecimento prisional para o cumprimento da pena e a definição de horários para eventuais atividades exercidas no interior de cada estabelecimento), não são suficientes para desconfigurar a natureza jurisdicional do processo, nem afastar a necessidade do controle judicial em todos os seus aspectos (inclusive em seu conteúdo).

Além da origem exclusivamente administrativa do processo de execução penal e da complexidade de atuação conjunta dos Poderes Judiciário e Executivo, é possível afirmar que contribui para a ausência de melhor regulamentação legislativa dos atos processuais no âmbito da execução penal, o sentimento coletivo da necessidade de isolamento da pessoa condenada, o que também inibe o Poder Legislativo no aprimoramento da legislação pertinente à matéria, em especial para acelerar a obtenção de direitos de execução pelos presos. Não há fixação de data-base para o início de expedientes de progressão de regime e livramento condicional; não

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

¹⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. In: *Justitia*, São Paulo, n. 56, p. 32-48, abr.-jun. 1994, p. 32-48.

¹⁷⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 118.

há fixação de prazos para a manifestação das partes em cada expediente aberto, nem para que seja proferida decisão judicial; não há determinação de prazos para o envio de boletim informativo contendo um relato da situação de cada preso para o seu processo. O anseio social parece ser o de relegar ao esquecimento as pessoas condenadas, não apenas privando-as de sua liberdade, mas de seus direitos como pessoa humana.

Ainda que a execução penal possua natureza jurídica jurisdicional; esteja inserida no ordenamento jurídico obediente aos ditames constitucionais, sujeita à jurisdição; e deva ser orientada por um processo – a Lei n. 7.210/1984 já em seu artigo 2º apresenta a ideia de processo de execução¹⁷⁷ –, ela realmente não se completa com a atuação individual do Poder Judiciário. Imprescindível, nesta seara, a participação do Poder Executivo para tratar da administração das penitenciárias, cuidando das vagas nos estabelecimentos prisionais e fornecendo estrutura para que o cumprimento da pena ocorra conforme almejado pela Constituição Federal e pela legislação em vigor. Essa necessidade de atuação conjunta no cumprimento e na fiscalização da pena imposta se já divide a doutrina no que tange à natureza jurídica da execução penal, por vezes, dificulta a identificação da autoridade responsável para efetivar os direitos e garantias fundamentais dos presos não atingidos pela sentença penal condenatória, procrastinando a análise dos pedidos de implementação dos direitos de execução e impactando diretamente no direito à razoável duração do processo.

Seria lógico que, se atuassem conjuntamente, haveria um sistema informatizado e unificado para ambos os Poderes, de tal forma que, embora cada um se limite dentro da sua competência e atribuição, consiga ter acesso àquilo que é da esfera do outro, afinal, atuar em conjunto pressupõe compartilhar dados e facilitar o acesso, a fim de haver cooperação para o bom desenvolvimento das atividades, sem que um impeça o trabalho do outro (ao final, o princípio da eficiência, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹⁷⁸, destina-se a todos os poderes). Sem comunicação e sem o adequado e eficiente compartilhamento de dados, a burocracia retarda o andamento dos processos, resultando na violação da sua razoável duração. O modelo ideal, portanto, exigiria um sistema com dados atualizados da situação do cumprimento da pena de cada pessoa presa, seja para fins de rápida análise do cumprimento do requisito objetivo para os direitos de execução, seja para a celeridade necessária a fim de se

¹⁷⁷ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 2º. 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”.

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

averiguar a requisito subjetivo, com informação de movimentações carcerárias, comportamento carcerário, trabalho, estudo e faltas disciplinares.

Atento a essas necessidades, em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolveu o Projeto *Justiça Presente*¹⁷⁹, construído para, dentre outras ações, pensar medidas interinstitucionais voltadas a impactar a execução penal brasileira.

Iniciado em janeiro de 2019, o Justiça Presente trabalhou desafios instalados em todo o ciclo penal e socioeducativo, desde o momento da apreensão até o fim da responsabilização, passando por soluções de gestão com o apoio da tecnologia e fomento às boas práticas. Apoiou a criação ou melhoria de produtos, estruturas e serviços, realizou eventos e promoveu capacitações, gerou produtos de conhecimento e apoiou produção normativa do CNJ. Também trabalhou parcerias e novas narrativas a partir de evidências e soluções possíveis.

O programa foi desenhado como um plano nacional com ações customizadas a cada unidade da federação, com a colaboração de atores locais e alocação de 27 coordenadores estaduais e 27 consultores em audiência de custódia para apoiar a implementação dos planos executivos. Atuou com foco de incidência no Judiciário, mas em estreita colaboração com os demais poderes públicos e com a sociedade civil, considerando a natureza interinstitucional que caracteriza o funcionamento do sistema penal e do socioeducativo. Buscou, ainda, fortalecer iniciativas de sucesso de gestões anteriores¹⁸⁰.

Para tanto, o projeto investiu em um Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU) visando a gestão integrada da execução penal. Não se objetiva analisar o SEEU, nem afirmar que implementá-lo definitivamente seja a solução para observar a razoável duração do processo, mas singelamente exemplificar a maneira como o investimento em sistemas preocupados com a cooperação das instituições envolvidas no processo de execução pode ser uma ferramenta indispensável para o seu bom funcionamento. Os dados apresentados no relatório final do projeto¹⁸¹ dão conta de que funcionalidades foram otimizadas com “alertas sobre situação da pena com apoio e calculadora atualizada com nova legislação penal”, ferramentas de interligação de processos e sistemas foram ampliadas, acarretando a “redução de até 98% no tempo de concessão de benefícios” e “redução de até 71% na quantidade de movimentações processuais”, com “até 73% de redução do volume de trabalho nas varas”. Independentemente dos acertos ou erros do projeto, um mérito inegável dele é a demonstração

¹⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final do Projeto Justiça Presente**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/RELATORIO-FINAL-JP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final do Projeto Justiça Presente**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/RELATORIO-FINAL-JP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final do Projeto Justiça Presente**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/RELATORIO-FINAL-JP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

da existência de alternativas, inclusive tecnológicas, para a observância da razoável duração do processo no âmbito da execução penal.

3.3 Práticas processuais da execução penal violadoras da razoável duração do processo

Superada a questão relativa à ausência de sistematização do andamento dos incidentes processuais da execução criminal e da unificação de dados referentes ao cumprimento da pena, bem como a inexistência de prazos legais expressos para que tais expedientes sejam iniciados e decididos, ainda há inúmeras hipóteses nas quais se vislumbra violação à razoável duração do processo na execução penal brasileira. Algumas delas merecem especial destaque, pois além de ilustrarem de maneira concreta o problema na medida em que poderiam ser evitadas, impactam substancialmente no aumento de sofrimento experimentado pelo preso, afastando-o do caminho esperado de retorno ao meio social.

3.3.1 O abuso do exame criminológico

A primeira prática processual tormentosa que faz procrastinar a obtenção dos direitos da execução penal atingindo, conseqüentemente, de forma certa a razoável duração do processo é o abuso nas determinações de exame criminológico para fins de progressão de regime e livramento condicional.

Tanto o abuso é evidente que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, aprovou a Súmula Vinculante n. 26, com o seguinte enunciado:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico¹⁸².

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 26**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>. Acesso em: 23 fev. 2021.

Não bastasse, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2010, também editou o verbete da Súmula 439: “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”¹⁸³.

Da análise dos dois enunciados elaborados pelos Tribunais Superiores, é possível concluir, de antemão, que o exame criminológico sempre amparou grande parte das decisões referentes aos pedidos de progressão de regime e livramento condicional, sem que houvesse fundamento idôneo para a sua realização. Não fosse assim, não seria necessário criar súmulas exigindo a motivação da decisão que determinar a sua realização.

O exame criminológico vem previsto no artigo 8º da Lei de Execução Penal, que assim dispõe:

Artigo 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto¹⁸⁴.

Da leitura do referido artigo, é possível extrair que o exame criminológico possui a finalidade de individualizar a execução penal. O exame deve ser realizado em todos os presos condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado – podendo se estender aos condenados em regime semiaberto –, com o objetivo de identificar as melhores formas de cumprimento da pena imposta, com vistas à sua reintegração social. Se a finalidade da execução penal é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (artigo 1º da Lei de Execução Penal¹⁸⁵), a importância da realização do exame criminológico no início do cumprimento da pena se volta justamente para a obtenção de um diagnóstico da pessoa condenada próximo à realidade social apresentada quando da prática do delito, sem influências do ambiente carcerário, a fim de que se trace caminhos para que, efetivamente, sejam proporcionadas condições para sua reinserção na sociedade. Não há como atingir a finalidade legislativa desenhada sem se conhecer as individualidades das pessoas que estão ingressando no sistema penitenciário¹⁸⁶. Além de direcionar o cumprimento da pena e sugerir eventuais programas para o preso, a realização inaugural do exame criminológico permitirá a comparação

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 439**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 22 fev. 2021.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. Instituiu a Lei de Execução Penal.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. Instituiu a Lei de Execução Penal.

¹⁸⁶ A esse respeito, ver: FARIAS, Vilson. O exame criminológico na aplicação da pena. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 04, n. 15, p. 269-298, jul.-set. 1996, p. 292.

da sua situação em momentos futuros para se visualizar se a terapêutica penal vem evoluindo a contento, ou piorou o quadro apontado inicialmente, possibilitando sugestões e metas distintas.

O item 31 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal evidencia o objetivo da realização do exame criminológico, conforme regrado no artigo 8º da Lei de Execução Penal, esclarecendo: “se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena”¹⁸⁷.

Nos dizeres de Alvino Augusto Sá:

Trata-se de exame que deve ser feito única e exclusivamente em benefício do preso. Sua finalidade é oferecer subsídios para a individualização da execução da pena. Ele pode se restringir tão somente ao diagnóstico, ao qual a equipe técnica por certo acrescentará suas sugestões de programação de execução, a serem encaminhadas à Comissão Técnica de Classificação (C.T.C.), órgão tecnicamente encarregado do planejamento da individualização (vide artigo 6º da LEP)¹⁸⁸.

Todavia, este exame criminológico de entrada, em regra, não influi diretamente na razoável duração do processo¹⁸⁹. Trata-se de instrumento a ser aplicado – ou que deveria ser – a todos os casos de condenação em regime fechado, podendo ser estendido a regime semiaberto, voltado para alcançar outra garantia constitucional: a individualização da pena. Não há abuso em sua realização. Ao contrário, é ferramenta voltada para os direitos das pessoas presas.

O exame criminológico que ensejou a edição das súmulas dos Tribunais Superiores por exigências abusivas é o que veio previsto na redação original do artigo 112 da LEP¹⁹⁰, revogado pela Lei n. 10.792/2003, o qual relacionava expressamente a progressão de regime ao mérito do condenado, bem como o determinado para a concessão de livramento condicional em

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

¹⁸⁸ SÁ, Alvino Augusto. O exame criminológico e seus elementos essenciais. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 214, p. 4-5, set. 2010, p. 04-05.

¹⁸⁹ Fala-se em ausência de influência direta e, portanto, possibilidade de influência indireta na razoável duração do processo, pois há casos de condenação em regime fechado com penas baixas em que o sentenciado respondeu ao processo cautelarmente preso e, mesmo se tratando de exame inicial, o começo do processo de execução da pena pode ocorrer em momento no qual já houve o resgate da parcela da pena exigida para obtenção de direitos. Neste caso, o exame criminológico inicial, se obrigatório, pode postergar os pedidos formulados pela defesa do sentenciado.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

razão do parágrafo único do artigo 83 do Código Penal¹⁹¹, nas hipóteses de condenação por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

A execução penal brasileira é orientada com base no sistema progressivo, segundo o qual busca-se reintroduzir o sentenciado na sociedade, aumentando gradativamente sua liberdade e diminuindo a fiscalização estatal da restrição imposta pela pena. Passa-se de um regime mais severo a um regime mais brando, com o cumprimento de determinados requisitos legais considerados objetivos, referentes ao cumprimento de determinada parcela da pena, e subjetivos, voltados à disponibilidade e ao amadurecimento do reeducando durante o cumprimento da pena para com as limitações impostas pelo Estado. Progressão de regime e livramento condicional, dessa forma, são direitos dos condenados que premiam aqueles que cumprem os requisitos legais com a diminuição das restrições advindas da privação da liberdade e incentivam o alcance do seu cumprimento total, por amenizar o sofrimento inerente a ele com o desejo de retomar o convívio social e familiar de forma mais célere.

A antiga redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal não se contentava com o cumprimento de determinada quantidade da pena somada com a avaliação administrativa do preso feita pela diretoria do estabelecimento prisional, como requisitos objetivo e subjetivo, respectivamente, senão com a apuração do merecimento do preso em obter a progressão de regime. Nota-se que a legislação, embora exigisse “mérito” para a progressão de regime, em momento algum previu o exame criminológico como requisito obrigatório para sua análise, apenas permitindo-o como uma avaliação complementar que pudesse embasar a decisão judicial final. “Mérito”, portanto, não era comprovado necessariamente por meio do exame criminológico, na medida em que este era um instrumento meramente facultativo.

No que se refere ao livramento condicional, o artigo 83, parágrafo único, do Código Penal não previu “mérito” do sentenciado, todavia subordinou sua concessão – para certos condenados – “à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.

Evidente, portanto, que o exame criminológico não havido sido legalmente exigido nem para a concessão à progressão de regime, nem para o livramento condicional. No entanto, a comprovação de mérito e da presunção de inoccorrência da recidiva fazia com que a decisão judicial concessiva não se limitasse a dados objetivos fornecidos pelo diretor do estabelecimento prisional, senão por uma avaliação multidisciplinar que demonstrasse o

¹⁹¹ BRASIL. Código Penal (1940). “Artigo 83 [...] Parágrafo único – Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.

merecimento do preso, tanto em razão do comportamento apresentado durante o cumprimento da pena, quanto pela formulação de prognósticos acerca do seu caminho futuro, especialmente no que toca à possibilidade de reincidência. O exame criminológico como mero auxílio na motivação das decisões judiciais em casos específicos – “quando se entendesse necessário” –, assumiu, indevidamente, a categoria de meio de prova pericial obrigatória capaz de avaliar o mérito e indicar prognósticos de reincidência, dividindo o magistrado a responsabilidade de sua decisão com outros profissionais na função de peritos.

Todavia, embora o exame criminológico resulte em um laudo, caracterizando-se como prova pericial – e, portanto, científica – dentro do processo de execução, a legislação nunca previu de forma pormenorizada como deveria ser realizado. Não há um método único a ser utilizado, nem peritos capacitados especificamente para a sua análise. Sequer exige-se que determinados profissionais, com uma dada formação, participem de sua elaboração. Há juízes que exigem a participação de um médico psiquiatra, outros, um laudo assinado por equipe multidisciplinar, e ainda há aqueles que aceitam parecer de um único profissional da área da assistência social ou psicologia. Não há prazo para sua realização. Novamente, a discricionariedade legislativa se aproximava (e ainda se aproxima) da arbitrariedade.

Importante ainda ressaltar que, em 2011, o Conselho Federal de Psicologia chegou a editar a Resolução CFP n. 12¹⁹² versando acerca da prestação do serviço do psicólogo no sistema prisional, a qual foi posteriormente anulada pelo Poder Judiciário¹⁹³. Em seu artigo 4º, alíneas “a” e “b”, § 1º, vedavam-se, na realização do exame criminológico, a participação de “profissional de referência para o acompanhamento da pessoa em cumprimento da pena ou medida de segurança, em quaisquer modalidades”, bem como “a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causais a partir do binômio delito delinquente”. Embora não tenha mais validade jurídica, a normativa refletia o entendimento (ainda atual) de que o psicólogo (e qualquer outro profissional) não possuía condições de fazer prognósticos futuros seguros com uma única avaliação, observando apenas um dado momento específico, uma vez que não teria prestado efetiva assistência psicológica; é dizer, sem o acompanhamento do preso durante todo o seu período de encarceramento, propondo ações e sopesando os fatores e variantes que o seguiram durante

¹⁹² CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução n. 12/2011, de 25 de maio de 2011**. Regulamenta a atuação da/o psicóloga/o no âmbito do sistema prisional. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁹³ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, **Ação Civil Pública n. 5028507-88.2011.4.04.7100**. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/?consulta-processual=1&txtValor=50285078820114047100&selForma=NU&selOrigem=RS&txtDataFase=01/01/1970&pagina=2>. Acesso em: 25 mar. 2021.

todo o cumprimento da pena (e, portanto, tiveram impacto nas características da pessoa no instante do exame), o psicólogo não estaria habilitado a fazer um laudo fidedigno apto a subsidiar a decisão judicial de progressão de regime (ou livramento condicional)¹⁹⁴.

Com a alteração do artigo 112 da Lei de Execução Penal, pela Lei n. 10.792/2003, afastou-se a exigência de mérito como requisito subjetivo expresso para a progressão de regime – embora a ideia de mérito permanecesse vigente no artigo 33, § 2º, do Código Penal¹⁹⁵ ao fazer referência ao sistema progressivo –, restringindo-o ao bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional¹⁹⁶, o que foi mantido pela última mudança legislativa trazida pela Lei n. 13.964/2019¹⁹⁷. Entretanto, introduziu-se o debate acerca da abolição ou possibilidade de realização do exame criminológico essencialmente para fins de progressão de regime e, por via reflexa, para a concessão do livramento condicional.

Os defensores da ideia de que houve a abolição do exame criminológico para fins de benefícios¹⁹⁸ utilizam como principal fundamento o princípio da legalidade¹⁹⁹. Consideram que a exclusão do exame do texto legal no que concerne à progressão de regime tornaria sua exigência um constrangimento ilegal a que seria submetida a pessoa encarcerada. O mesmo ocorreria a partir da substituição da expressão “mérito indicar a progressão” por “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”. Essa conduta limitaria a análise do requisito subjetivo pelo Poder Judiciário ao boletim informativo, documento emitido pelo estabelecimento prisional, no qual constam sua movimentação carcerária, eventuais faltas disciplinares praticadas, períodos em que trabalhou ou estudou. A

¹⁹⁴ A este respeito, ver: Nota Técnica sobre a (até então) suspensão da Resolução CFP n. 12/2011 emitida pelos Conselhos Regionais de Psicologia da 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 10ª, 12ª, 14ª e 20ª Regiões. CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA (1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 10ª, 12ª, 14ª e 20ª Regiões). **Nota Técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011, de junho de 2015.** Atuação da (o) psicóloga (o) no âmbito do sistema prisional. Disponível em: https://crpsp.org/uploads/legislacao/1631/XR0YT3uVlzgbLwZO0E_igt-oAnAQbH4C.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹⁹⁵ BRASIL. Código Penal (1940). “Artigo 33, § 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 112, § 1º. Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

¹⁹⁸ Importante pontuar que a discussão se resume à extinção do exame apenas para fins da análise dos direitos de execução consubstanciados na progressão de regime e no livramento condicional, pois o exame criminológico inaugural segue previsto no artigo 8º da LEP.

¹⁹⁹ Nesse sentido: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 370; BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.373-374.

supressão do exame criminológico do artigo 112 da Lei de Execução Penal, portanto, o teria afastado como condição para a progressão de regime e para o livramento condicional. Mas não limitam o seu entendimento na ofensa à legalidade. Rodrigo Duque Estrada Roig²⁰⁰ acrescenta apontamentos ligados ao reforço do exame à odiosa seletividade penal e violação à intimidade do preso.

Esses mesmos defensores destacam, por fim, que os exames têm uma função apenas simbólica, sem auxiliar, de fato, o juiz em sua decisão, na medida em que os laudos apresentados são excessivamente subjetivos, trazem conteúdo raso e padronizado, sem a análise individual que efetivamente se pretendia com a sua elaboração²⁰¹, e cuja conclusão acerca do mérito se baseia em meras probabilidades, insuficiente para negar “direitos públicos subjetivos, visto serem *hipóteses inverificáveis empiricamente*”²⁰².

Nesse sentido, Alvino Augusto Sá afirma:

O problema oferecido pelo prognóstico criminológico, como parte integrante do exame criminológico, é que, pela expectativa e pela exigência do judiciário e da própria lei (quando previsto em lei), ele deve se fazer em termos bastante específicos e oferecer uma boa dose de certeza sobre a probabilidade do comportamento criminoso se repetir ou não no futuro. Se o contexto do passado é conhecido (para a formulação do diagnóstico), o contexto do futuro não é conhecido (para os fins do prognóstico). Assim, de um lado, se essa dose de certeza sobre a probabilidade de ocorrência de um comportamento específico no futuro é enganosa – esse é o primeiro grande problema, já sobejamente comentado na literatura –, por outro lado – e este é o outro problema – trata-se de uma manifestação técnica que, oferecendo um respaldo enganosamente seguro ao judiciário, vai motivar e fundamentar decisões que são vitais para o examinando e toda sua família²⁰³.

Por outro lado, aqueles que propugnam pela manutenção do exame criminológico na égide da mencionada legislação afirmam que os direitos à progressão e ao livramento condicional não se limitam ao cumprimento de determinada parcela da pena e ao atestado de boa conduta carcerária emitido pelo estabelecimento prisional²⁰⁴. A análise da adaptação do

²⁰⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 371.

²⁰¹ SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. 93-94.

²⁰² CARVALHO, Salo de. Práticas inquisitivas na execução penal (Estudo do vínculo do juiz aos laudos criminológicos a partir da jurisprudência garantista do Tribunal de Justiça do RS). In: CARVALHO, Salo (org.). **Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 152.

²⁰³ SÁ, Alvino Augusto. O exame criminológico e seus elementos essenciais. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 214, set. 2010, p. 04-05.

²⁰⁴ Neste sentido, ver: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 464-465;

preso ao regime prisional poderá ser avaliada pelo exame, instrumento adequado para individualizar a pena na fase de execução penal. Destacam, ainda, que se o exame criminológico é padronizado, o atestado de conduta carcerária o é ainda em maior grau, de modo que forneceria elementos extremamente frágeis para a decisão judicial e submeteria o juiz à análise subjetiva do diretor do estabelecimento prisional²⁰⁵, afastando a jurisdicionalidade da execução penal.

Na jurisprudência, considerando o conteúdo da Súmula Vinculante n. 26 do STF e da Súmula n. 439 do STJ, prevaleceu o entendimento pela facultatividade do exame criminológico. A edição dessas súmulas coroa a ideia de que, mesmo após a alteração legislativa de 2003, o exame criminológico seguia sendo determinado indiscriminadamente.

Mas, para além da discussão acerca da abolição do exame ou de sua facultatividade, o que se pretende ressaltar é a procrastinação ocorrida com a sua determinação, violando a razoável duração do processo. Na prática, quando se compreendia que a determinação do exame criminológico deveria se dar em todos os casos de progressão de regime e de livramento condicional, ocorria o retardamento indevido na obtenção dos direitos dos presos, frustrando suas expectativas, aumentando os estigmas da segregação e impactando no aumento da população carcerária, em especial pela ausência de estrutura para sua realização em tempo razoável. O problema era ainda mais grave (e até hoje se verifica) na hipótese de o laudo ter sido favorável e a decisão judicial, mesmo assim, indeferir o pedido do preso. Não que o juiz deva ficar adstrito ao conteúdo do laudo, posto que lhe é permitido sopesar eventuais vícios ou incoerências nas conclusões apresentadas. Porém, a prova pericial objetiva acrescentar dados e parâmetros para subsidiar a decisão, de modo que um resultado amplamente favorável, seguido de uma decisão em sentido contrário, indica que já havia uma predisposição pelo indeferimento dos pedidos e, talvez, a necessidade da busca de eventuais fundamentos (inexistentes) para tanto, prolongando-se indevidamente o incidente processual e retardando a possível impugnação e reapreciação por instância superior – leia-se, violando a razoável duração do processo. Aliás, a determinação do exame deveria pressupor a prévia existência de dúvida acerca do direito à progressão ou ao livramento condicional, pois havendo certeza quanto à existência de motivos seja para o deferimento ou para o indeferimento, não há que ser realizado e a decisão deve ser proferida de plano.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 26;
MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 21.

²⁰⁵ Nucci, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 26.

Não há dúvidas de que o objetivo do legislador ao modificar o artigo 112 da Lei de Execução Penal foi o de acelerar a obtenção dos direitos à progressão de regime e livramento condicional, seja porque a pessoa presa não deu causa à demora estatal para elaborar o exame, seja para diminuir a superlotação carcerária²⁰⁶. De uma forma ou de outra, com um fundamento ou outro, fica evidente que se torna imperiosa a análise dos direitos do preso em tempo razoável.

3.3.2 Da data-base para a progressão de regime

Outro problema existente na execução penal e que impacta diretamente na razoável duração do processo é definir a natureza jurídica da decisão judicial que aprecia o direito dos presos à progressão de regime, a qual influenciará a data-base para o referido direito.

Consoante se depreende do *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal e do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o Brasil adotou o sistema progressivo²⁰⁷, segundo o qual o sentenciado pode retornar ao convívio social antes do término total da pena, gradativamente, a depender de seu bom comportamento carcerário, ligado à adesão às regras impostas. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “a essência desse regime consiste em distribuir o tempo da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar conforme sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador”²⁰⁸. Por meio do sistema progressivo, inicia-se o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional mais gravoso, determinado na sentença penal condenatória, com possibilidade de transferência para regime menos severo, se cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo, estipulados em lei.

O artigo 112 da Lei de Execução Penal define os requisitos legais para que o preso obtenha a progressão de regime em resgate de determinada quantidade de pena (objetivo) e o bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional (subjetivo).

No entanto, a legislação não estabelece um rito para que a progressão de regime seja apreciada pelo juiz da execução, tampouco fixa prazo para a análise meritória do direito ou envio do atestado de bom comportamento carcerário, fazendo com que, na maioria das vezes, a progressão demore muito tempo para ocorrer, transformando o que deveria ser um direito

²⁰⁶ Neste sentido, ver: NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 25-26.

²⁰⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 351-352.

²⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 111.

subjetivo do preso²⁰⁹ em mera possibilidade. Massimo Pavarini e André Giamberardino defendem, inclusive, que a ideia de direito público subjetivo “visa garantir ao apenado, quando preenchidos os requisitos legais, que determinado instituto penitenciário não lhe possa ser negado pelo juiz, contrapondo-se assim à sua compreensão enquanto mero benefício ou ‘benesse’ ao condenado”, mas justamente por permitir um amplo grau de subjetivismo e discricionariedade, ignorando o abismo existente entre “o caráter vinculante desejado e a forma pela qual se delineia a individualização da pena”, o ideal seria conectar esses direitos “à consecução de uma discricionariedade efetivamente vinculada”²¹⁰.

A atual redação do artigo 112, § 2º, da Lei de Execução Penal, evidenciou a necessidade de manifestação prévia do Ministério Público e da defesa para que a decisão de deferimento da progressão de regime seja proferida, ressaltando ainda a obediência aos prazos previstos nas normas vigentes, mas novamente não definiu nenhuma consequência efetiva para a inobservância dos prazos, fazendo com que, na prática, o direito à progressão de regime sofra um retardamento costumeiro, sem que desse o preso causa a ele.

Atento a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal, em 15 de dezembro de 2015, por acórdão proferido pela sua Segunda Turma, na sede do *Habeas Corpus* n. 115.254/SP, fixou o entendimento de que a decisão que defere a progressão de regime possui natureza declaratória, definindo como marco para tanto a data em que o preso preenche os requisitos legais e não a data do início do cumprimento da pena no regime anterior, fundamentando-se na lógica utilizada para a regressão de regime em caso de falta grave, em que a data-base para nova progressão será a da prática da conduta faltosa e não da decisão judicial que a homologa. Um dos principais motivos para essa mudança paradigmática foi a violação à razoável duração do processo, consoante afirmou o Ministro Relator Gilmar Mendes:

É obrigação do Poder Judiciário, como Estado, examinar os requerimentos, quaisquer que sejam, em um prazo razoável, ainda que os indefira, fundamentadamente. Tal é ainda mais certo quando a inércia estatal gera prejuízo à liberdade do requerente. É essencial que se atenda ao princípio constitucional da duração razoável do processo, não podendo exigir que o reeducando, pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial. Todos têm direito a uma resposta, mesmo que contra suas pretensões. É exatamente isso que devemos assegurar.

²⁰⁹ Rodrigo Duque Estrada afirma: “prevalece o entendimento de que a progressão de regime possui natureza de direito público subjetivo, portanto exigível do Estado sempre que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos à sua concessão”. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 352.

²¹⁰ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal: uma introdução crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 177.

Quase um ano mais tarde, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Quinta Turma, em acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.582.285/MS²¹¹, e pela sua Sexta Turma, no acórdão proferido no bojo do *Habeas Corpus* n. 369.774/RS²¹², adequando-se à decisão do STF, também adotou a tese de que a decisão que defere a progressão de regime possui natureza declaratória, pois “É de se considerar a necessidade de que os direitos sejam declarados à época adequada, de modo a evitar que a inércia estatal cause prejuízo ao condenado”²¹³: “Embora se espere celeridade da análise do pedido, é cediço que a providência jurisdicional, por vezes – como na espécie – demora meses para ser implementada”²¹⁴ e, desta forma, “Não se pode desconsiderar, em prejuízo do reeducando, o período em que permaneceu cumprindo pena enquanto o Poder Judiciário analisava seu requerimento de progressão”²¹⁵.

Os Tribunais Superiores, portanto, se curvaram para a ideia de que a progressão de regime é direito subjetivo do condenado e, assim sendo, uma das práticas violadoras da razoável duração do processo na execução penal é a demora excessiva na análise desse direito, que acaba atingindo, por extensão, o próprio sistema vigente como meio de reintegrar o apenado ao convívio social, deslegitimando a principal finalidade da pena prevista na Lei de Execução Penal.

No entanto, ainda que se considere a força dos precedentes dos Tribunais Superiores, considerando que as decisões mencionadas foram proferidas em ações individuais, sem efeito *erga omnes* e expressamente vinculante, ainda houve necessidade de parametrização do

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.582.285/MS**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 09 de agosto de 2016. Publicado em 24 de agosto de 2016. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1526630&num_registro=201600436392&data=20160824&peticao_numero=201600187032&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 369.774/RS**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 22 de novembro de 2016. Publicado em 07 de dezembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1550812&num_registro=201602322980&data=20161207&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.582.285/MS**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 09 de agosto de 2016. Publicado em 24 de agosto de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1526630&num_registro=201600436392&data=20160824&peticao_numero=201600187032&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 369.774/RS**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 22 de novembro de 2016. Publicado em 07 de dezembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1550812&num_registro=201602322980&data=20161207&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 369.774/RS**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 22 de novembro de 2016. Publicado em 07 de dezembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1550812&num_registro=201602322980&data=20161207&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

entendimento no Estado de São Paulo, para conferir tratamento idêntico a casos semelhantes, observando o princípio isonômico e da segurança jurídica no que se refere à Lei de Execução Penal, o que levou o preso Rafael Alexandrina, por intermédio de seu advogado, a propor o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 2103746-20.2018.8.26.0000 perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embora ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado do acórdão proferido, ao julgar o referido IRDR, a Turma Especial da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fixou, por meio do Tema 28, tese jurídica²¹⁶ definindo a natureza declaratória da decisão que defere a progressão de regime, para pacificar a matéria com força obrigatória em seu território. Os fundamentos apresentados seguiram a mesma preocupação dos Tribunais Superiores com a princípio da razoável duração do processo:

O alinhamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores neste sentido busca evitar recair sobre o sentenciado a mora judiciária, tendo em vista que, mesmo após o preenchimento dos requisitos exigidos pelo legislador, a progressão não é e não poderia ser automática.

Contudo, mesmo que precedida de devida judicialização, não pode o sujeito arcar pessoalmente com a inércia e delonga estatal na avaliação de seu pedido, com vistas, ainda, ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Não por outro motivo que a decisão que defira a progressão deve ter natureza meramente declaratória, posto já estar preenchido, quando da análise do pedido pelo magistrado da execução, o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse, cabendo ao juízo, portanto, apenas averiguar a presença deste e do mérito do sentenciado. Caso contrário, correr-se-ia o risco de incidir em grave constrangimento ilegal ao detento, posto que permaneceu preso em regime mais gravoso por tempo superior ao que legalmente lhe cabia²¹⁷.

Não obstante, interpretando as decisões dos Tribunais Superiores e, em São Paulo, também o acórdão preferido no IRDR n. 2103746-20.2018.8.26.0000, um novo entendimento surgiu conferindo elasticidade à definição de data-base para a segunda progressão de regime, no sentido de que a data do laudo de eventual exame criminológico realizado seria a adotada

²¹⁶ “A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão. Importante ressaltar que referida data deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Vale dizer, se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Tema n. 28**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugetNac/Irdre/DetalheTema?codigoNoticia=56363&pagina=1>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 2103746-20.2018.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 24 mar. 2021.

como momento em que se comprova o requisito subjetivo e, portanto, data-base para a progressão ao regime aberto. Respeitados os argumentos utilizados para defender este novo entendimento²¹⁸, não se pode com ele concordar. Conforme exposto, os fundamentos trazidos nas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça objetivaram evitar costumeiras violações à razoável duração do processo de execução penal. Desta forma, estender a data-base para a data de conclusão da prova pericial, que não é obrigatória, encontrando-se uma nova data futura (que não a da decisão judicial), parece estratégia jurídica com o fim de postergar o direito subjetivo à progressão, desviando-se do dispositivo das decisões paradigmas, as quais definiram a natureza jurídica da decisão concessiva do direito como declaratória. O novo caminho apresentado abandona a motivação definidora dos referidos paradigmas e anula o avanço com eles obtido na observância da garantia fundamental à razoável duração do processo, retrocedendo ao posicionamento anterior (em especial, porque espera-se que a decisão que analisa o mérito da progressão de regime ocorra em data próxima à emissão do laudo do exame criminológico realizado, podendo ocorrer em data muito distante daquela em que se verificou o resgate de percentual do cumprimento da pena e do bom comportamento carcerário, requisitos expressos previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal²¹⁹). Para além disso, considerando que o exame criminológico não é requisito legal, mas mera prova pericial, a qual pode ser determinada apenas com base em situação concreta verificada no curso do cumprimento da pena, nos termos da Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que permitir a interpretação de que o requisito subjetivo seria implementado com um laudo favorável viola a legalidade. Não se pode confundir requisito legal para a progressão de regime com resultado de prova pericial facultativa. O requisito legal subjetivo previsto no artigo 112, § 1º, da Lei de Execução Penal é a “boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento prisional”. Assim, se o sentenciado possuir bom comportamento carcerário na data do preenchimento do requisito objetivo, a data-base para a progressão de regime será a mesma data do resgate do percentual da pena, uma vez que o requisito subjetivo já estaria

²¹⁸ Como exemplo, o novo entendimento foi adotado nos seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 613.998/SP**. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 15 de dezembro de 2020. Publicado em 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002433275&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 24 mar. 2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 635.901/SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 09 de março de 2021. Publicado em 15 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003454729&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 24 mar. 2021.

²¹⁹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

implementado, ainda que sua comprovação, seja pelo atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional, seja pelo resultado de exame criminológico determinado pelo juiz, ocorra em data futura²²⁰. A prevalecer o novo entendimento, retroagiremos à situação violadora da razoável duração do processo que tanto se buscou combater, atribuindo-se o prejuízo do tempo da ineficiência do aparato judicial à pessoa presa.

3.3.3 Da indevida criação de requisitos judiciais para a obtenção do indulto e da comutação

A última prática ocorrida nos processos de execução a ser tratada neste capítulo se refere à declaração do indulto e da comutação aos sentenciados. Indulto é o perdão total da pena concedido pelo Presidente da República (nos termos do artigo 84, XII, da Constituição Federal²²¹) a um grupo de condenados, mediante o cumprimento de determinados requisitos. Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, “O indulto coletivo é a clemência concedida pelo Presidente da República, por decreto, a condenados em geral, desde que preencham determinadas condições objetivas e/ou subjetivas”²²². Diverge da comutação por ser esta apenas um perdão parcial, descontando-se a parcela perdoada do montante da pena.

Desde 2018 até o presente (2021), este tema sofreu significativa redução em virtude da política adotada pela Presidência da República, no sentido de alterar drasticamente o padrão que vinha sendo utilizado até o ano de 2017²²³. No entanto, todos os Decretos publicados permanecem vigentes em sua integralidade.

Os decretos de indulto natalino, como regra, atingiam pessoas condenadas a penas não superiores a oito anos, ou doze anos na hipótese de crimes sem violência ou grave ameaça; pessoas que tivessem cumprido grande quantidade ininterrupta da pena, ou ainda demonstrado comprometimento nos retornos de saídas temporárias ou em atividades de remição; ou pessoas em condições mais vulneráveis sem limitação da pena, como idosos, deficientes ou portadores

²²⁰ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus n. 638.702/SP*. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 09 de março de 2021. Publicado em 15 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100017840&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 24 mar. 2021.

²²¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;”

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 266.

²²³ Importante ressaltar que, nos anos de 2016 e 2017, o Presidente da República em exercício, embora tenha modificado a minuta textual do decreto de indulto que vinha sendo aplicado nos anos anteriores, ainda concedeu o direito a um grande número de pessoas condenadas, tendo, inclusive, sido o Decreto n. 9.246/17 impugnado judicialmente perante o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874, proposta pelo Ministério Público Federal, a qual restou, ao final, julgada improcedente. A radicalidade da mudança foi realmente sentida a partir de 2018, com a ausência de decreto natalino, que se repetiu nos anos subsequentes.

de doenças graves, pais e mães de filhos com deficiência ou doença crônica grave. Para tanto, exigia-se o cumprimento de uma determinada fração da pena, além da ausência de sanção por falta disciplinar grave ocorrida nos doze meses anteriores à edição do decreto respectivo.

Cada decreto natalino sempre explicitou restrições ou permissões para o seu cabimento, de modo a evidenciar as hipóteses de concessão pela Presidência da República, cumprindo a determinação constitucional no sentido de que a concessão não é tarefa atinente ao Poder Judiciário, senão ao Presidente República, cabendo àquele apenas declarar o direito após analisar o preenchimento dos requisitos exigidos pelo decreto presidencial, por não ser autoexecutável, julgando extinta a punibilidade do sentenciado.

No Brasil, o perdão esteve previsto em todas as constituições federais, sempre como ato discricionário e político do imperador ou chefe do Poder Executivo, voltado a “um juízo de oportunidade sobre a pena infligida”²²⁴. O indulto ainda assume um papel relevante no que toca à possibilidade de ingerência direta do Poder Executivo na administração do superencarceramento, pois, por meio do perdão geral e coletivo, consegue atingir um número estimado de pessoas que, uma vez perdoadas, liberarão vagas no sistema penitenciário.

No entanto, postergando a declaração do indulto e, portanto, violando a razoável duração do processo, na medida em que o indeferimento ou delonga na apreciação do pedido implicará a manutenção do sentenciado no cumprimento de pena já perdoada pelo Presidente da República, não se mostrou incomum a exigência indevida, pelo Poder Judiciário, de requisitos não previstos no decreto presidencial, sob a alegação de que a análise meritória era tarefa atinente ao juiz da execução penal. As exigências judiciais indevidas eram as mais variadas possíveis: parecer do Conselho Penitenciário Estadual, sem que o decreto mencionasse a necessidade de sua manifestação; comprovação de boa conduta carcerária atestada pelo diretor do estabelecimento prisional; ausência de faltas disciplinares em período diverso do definido no decreto concessivo; submissão a prévio exame criminológico com laudo favorável; dentre outras. Evidenciando a existência dessas exigências judiciais indevidas, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, decidiu não caber ao Estado-Juiz fazer exigências ou considerar outros pontos não estabelecidos no decreto concessivo de indulto para negar o direito²²⁵. No mesmo sentido, também entende o Superior Tribunal de Justiça, que, ao discutir,

²²⁴ BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 556.

²²⁵ Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n. 114.664/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki, 05 de maio de 2015. Publicado em 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8510915>. Acesso em: 18 mar. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental na Ação Penal n. 863/SP**. Rel. Min. Edson Fachin, 16 de agosto de 2019. Publicação em 04 de setembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75071263>. Acesso em: 18 mar. 2021.

antes da inclusão do § 6º ao artigo 112 da Lei e Execução Penal, advinda com a Lei n. 13.964/2019 se a prática de falta grave importava na interrupção do lapso para a obtenção de benefícios na execução penal, firmou a tese de que o indulto “deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos”²²⁶. Todavia, embora a matéria tenha sido pacificada pelas Cortes Superiores, a inexistência de expressa disposição legal neste sentido segue exigindo que o tema seja a elas levado para que o direito seja efetivamente reconhecido. Talvez, se houvesse uma limitação de tempo para a apreciação do indulto e da comutação, com as devidas consequências jurídicas pelo seu descumprimento, exigências indevidas que procrastinam a análise judicial do direito não mais se verifiquem.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema 709**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 18 mar. 2021.

4 DEFINIÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PARA A SUA VIOLAÇÃO

No primeiro capítulo, concluiu-se que o tempo razoável seria aquele tempo justo e adequado, sem dilações indevidas, voltado para a celeridade processual, observado o devido processo legal. Em virtude da adoção da “doutrina do não prazo”, isto é, da ausência de previsão legal do prazo máximo para a finalização dos processos, mas objetivando o respeito e a observância do direito fundamental à razoável duração do processo, entende-se necessária a busca por critérios para objetivar a razoabilidade do tempo na execução penal brasileira, afastando possíveis arbitrariedades, assim como a busca por consequências endo e extraprocessuais para as hipóteses de violação.

4.1 Prazo razoável no processo de execução penal

Inicialmente, importa notar que por se tratar de um processo específico, sem rito fechado e que permite a tramitação concomitante de variados incidentes, os quais configuram ações autônomas dentro do processo de execução, não se mostra viável assumir como norte a somatória de prazos legais de cada etapa para se alcançar o tempo máximo para uma sentença final, como se dá no processo de conhecimento, justamente porque cada incidente exige uma decisão terminativa própria e um prazo razoável para sua apreciação. Sem atos concatenados, não há sequência pré-definida de etapas e, portanto, não há prazo pré-fixado para cada uma delas ser concluída e o processo seguir adiante. Cada processo transcorrerá com a individualidade de seus próprios incidentes.

Por sua vez, os critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para se identificar se houve violação à razoável duração do processo, quais sejam, (i) complexidade do caso, (ii) comportamento das partes, (iii) conduta das autoridades judiciárias e (iv) aquilo que está em jogo para o requerente, são verificáveis apenas após a sua ocorrência, isto é, não evitam a violação em si, mas indicam soluções *a posteriori*, quando da constatação de sua prática. Evidente a importância da condenação de um Estado por violação a direitos e garantias fundamentais pelas Cortes internacionais, todavia, ainda mais urgente seria a previsão de consequências no direito interno a fim de coibir as violações, especialmente se considerado o pequeno número de casos que chegam à análise dos tribunais internacionais. Também importante notar que o primeiro critério por eles adotado se mostra aplicável praticamente apenas ao processo de conhecimento, a

notabilizar que o foco da proteção internacional, assim como na doutrina e jurisprudência internas, em uma interpretação literal, exclui, ainda que sem intenção, o processo executivo penal. Na execução penal, a fiscalização do cumprimento da pena segue uma mesma complexidade, pois não há divergência de matéria, excesso de partes envolvidas ou complicações probatórias a justificar o prolongamento da decisão judicial: o Estado observa a pena já fixada no processo de conhecimento e as divergências entre os casos se referem (i) ao montante e ao regime de pena – frise-se, já determinados por outro juízo –; (ii) ao comportamento carcerário de cada sentenciado, o qual deve ser comprovado mediante atestado fornecido pelo estabelecimento prisional; (iii) às possibilidades de trabalho e estudo oferecidas aos presos; e (iv) a eventuais novas condenações que podem ensejar a unificação das penas; de tal forma que os possíveis incidentes processuais são previsíveis e não ensejarão revolvimento probatório. Até se poderia pensar na aplicação dos mencionados critérios nos expedientes de apuração de falta disciplinar no curso do processo de execução, mas considerando o entendimento no sentido de estabelecer o prazo prescricional máximo²²⁷ de três anos para apuração e homologação judicial das faltas disciplinares, a matéria não mostra tanto relevo, embora, conforme se exporá mais adiante, se entenda que o prazo de três anos não se mostra razoável para referido incidente.

No que se refere ao outro critério, comportamento das partes, importante ressaltar que seria difícil (embora não impossível) vislumbrar uma pessoa em cumprimento de pena que deseje postergar o processo e permanecer em situação de indefinição quanto aos seus direitos. Desta forma, considerando que a parte contrária ao sentenciado é sempre o Estado, representado pelo Ministério Público, nota-se que tanto na aferição do comportamento das partes, quanto do Estado-Juiz, no sentido de contribuir para dilações indevidas, o que se deseja buscar é a limitação do poder estatal, a fim de que o direito fundamental do preso não seja violado, sem que este tivesse dado qualquer causa à procrastinação processual.

Logo, afastando-se a possibilidade de somatória de prazos para atos processuais sequenciados e considerando-se que os critérios aplicados pelas cortes internacionais não servem para impedir a erosão do direito no âmbito do processo de execução penal, chega-se a um aparente vazio de leis e jurisprudência sobre a matéria, além de *standards* internacionais

²²⁷ Convencionou-se de prazo máximo, pois na inexistência legal (novamente) de um prazo para a apuração e homologação judicial das faltas disciplinares, surgiram alguns entendimentos doutrinários e jurisprudencial acerca do prazo prescricional a ser aplicado. A tese que prevalece atualmente é da aplicação do menor prazo prescricional previsto no artigo 109 do Código Penal, por analogia. No entanto, há entendimentos que defendem a aplicação da analogia com outros dispositivos legais que preveem prazo menor, como o prazo prescricional da Lei n. 11.343/2006 para o porte de drogas para uso pessoal ou o prazo de cento e oitenta dias previsto na Lei n. 8.112/1990 para ação disciplinar contra servidor público federal no caso de infração com pena de advertência.

para solucionar essa demanda, vazio este que acaba se perpetuando pela inexistência de consequências para o Estado frente a possíveis violações à razoável duração do processo, especialmente, relacionadas à soltura dos presos. Diante da ausência de critérios legais e jurisprudenciais, pretende-se buscar uma proposta hermenêutica que revele o conteúdo do direito fundamental à razoável duração do processo no âmbito da execução penal e que a ele atribua máxima eficácia.

Para tanto, considera-se que no momento de fixar a pena, o Estado-Juiz já teve oportunidade de analisar todas as circunstâncias pessoais do réu e do crime praticado e concluiu (ao menos em tese) pela pena suficiente e justa ao caso. Teve, inclusive, condições de avaliar desde aquele momento de que forma o montante de pena produziria reflexos nos direitos de execução penal, e que o processo de execução objetiva o fiel cumprimento da pena imposta e por tal se deve entender o cumprimento da pena fixada na sentença penal condenatória observados os direitos previstos na legislação vigente. Visando atingir esse objetivo, o processo de execução foi concebido como um conjunto de incidentes processuais, em sua maioria independentes uns dos outros, voltados para apurar se o sentenciado faz jus aos direitos de execução. Os incidentes, portanto, não são empecilhos ou patologias do cumprimento da pena, mas são justamente o que compõem o processo de execução em si. Assim, apenas será possível dar fiel cumprimento à pena imposta e oferecer aos condenados oportunidades de ressocialização, se os direitos forem analisados no tempo justo e adequado, o que implica necessariamente olhar os incidentes como etapas fundamentais do processo executivo. Analisar o prazo razoável da execução penal é fiscalizar o tempo dos seus incidentes.

4.1.1 Prazo razoável para os direitos de progressão de regime e livramento condicional

A legislação exige, para o deferimento de referidos direitos de execução penal, o preenchimento de dois requisitos, um de ordem objetiva, sempre relacionado ao tempo da pena, de rápida e clara constatação (considerando que o cálculo da pena é atividade primeira e que sempre se atualiza nos autos na ocorrência de qualquer circunstância capaz de alterá-lo), e outro de ordem subjetiva, relacionado ao comportamento do condenado, de avaliação discricionária de alguma autoridade definida por lei, atualmente, o diretor do estabelecimento prisional. Nesse sentido, considerando que a razoável duração do processo se liga ao tempo, mostra-se intuitivo aproximar a sua análise do requisito objetivo dos direitos. Mais, a busca por critérios que delimitem o poder estatal na fiscalização do cumprimento da pena, exatamente por ter o objetivo de afastar arbitrariedades, não pode se fundamentar em requisitos subjetivos que

dependam da análise individual, suscetível aos juízos de valores de cada autoridade envolvida na avaliação. Soma-se, por fim, que a pena é o limite do poder de punir do Estado e o requisito objetivo é justamente composto por parcela desta pena.

A obtenção desses direitos, portanto, deve se pautar prioritariamente pelo cumprimento do requisito objetivo: em regra, com o transcorrer do tempo, a pena vai sendo cumprida, o condenado se aproxima do retorno social e os direitos são alcançados. Custodiada pelo Estado com o oferecimento de condições propícias para a ressocialização, a pessoa condenada tenderia a se envolver nas atividades propostas e teria interesse no rápido retorno ao convívio social e familiar, de forma que o não preenchimento do requisito subjetivo seria excepcional. Diante do declarado estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, infelizmente está-se frente a um Estado que não cumpre o seu papel no estágio de ressocialização de pessoas condenadas, todavia, referida realidade reforça o destaque que deve assumir o requisito objetivo, na medida em que seria incoerente priorizar o requisito subjetivo e exigir do preso a assunção unilateral de esforços para a sua própria ressocialização. O estado de coisas inconstitucional justamente deve permitir um olhar mais generoso para a condição do encarcerado, minimizando os impactos das condições mais gravosas a que se submete, e valorizar o tempo em que se encontra em tal situação. Ao final, permanecer um ano dentro de um luxuoso hotel é diferente de passar o mesmo tempo nas masmorras brasileiras. Nesse sentido, a inclusão de um requisito de ordem subjetiva para o deferimento dos direitos de execução penal deve somente voltar-se para incentivar o envolvimento dos condenados na sua ressocialização, impedindo o alcance dos direitos por aqueles que demonstrarem, de forma evidente, a incapacidade de retorno imediato às regras da sociedade, não podendo jamais servir de baliza para procrastinar o processo e fundamentar um *in dubio pro societate*, que não se apresenta como princípio constitucional ou direito fundamental, mas trata-se de mera criação inexistente na legislação brasileira²²⁸.

Sustenta-se, portanto, que o prazo razoável de análise de cada um desses direitos de execução penal será a data de resgate do requisito objetivo, salvo no caso de impossibilidade de verificação deste requisito naquele momento, que pode ocorrer por duas situações: prisão cautelar antecedente à sentença penal condenatória por tempo superior ao necessário para resgatar direitos de execução penal, caso condenada a pessoa estivesse, pois, na inexistência de processo de execução penal pela ausência de sentença penal condenatória, não há como se falar

²²⁸ Importante, aliás, ponderar que seria incongruente tratar como benefício da sociedade a procrastinação ou negação dos direitos em execução no momento oportuno, uma vez que a ela interessa (ou deveria interessar) o justo e adequado cumprimento das leis criadas pelos seus representantes.

em violação à razoável duração do processo de execução, embora seja possível analisá-la sob a perspectiva do processo de conhecimento, a qual, entretanto, não é objeto deste estudo; existência superveniente do direito de execução penal, por exemplo, na hipótese de alteração legislativa reduzindo o lapso para fins de progressão de regime como ocorreu recentemente, com a publicação da Lei n. 13.964/2019²²⁹, para pessoas primárias condenadas por crime sem violência à pessoa ou grave ameaça. Em ambas as hipóteses, o prazo razoável deixa de ser a data do adimplemento do requisito objetivo para ser a data possível de sua análise, qual seja, a instauração do processo de execução ou publicação da nova lei.

Se não há palavras inúteis na lei, também se pode afirmar que não há prazos inúteis e impensados, de tal forma que a lei, ao estipular uma fração (ou percentual) de cumprimento da pena imposta em sentença condenatória para se pleitear a progressão de regime e o livramento condicional está determinando qual é o prazo razoável para que o direito seja implementado. Ressalta-se: não há prazo inútil.

Por sua vez, as expressões “ao menos” ou “mais de” presentes no *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal²³⁰ e nos incisos do artigo 83 do Código Penal²³¹ que dispõem, respectivamente, acerca do requisito objetivo para a progressão de regime e para o livramento condicional não afastam o entendimento até aqui sustentado. Ao contrário, elas devem ser interpretadas a partir do direito fundamental à razoável duração do processo constitucionalmente assegurado, levando-se em conta que o prazo razoável sempre se voltará para a ideia de celeridade. Desta forma, as expressões utilizadas apenas permitem o cumprimento de lapso superior ao previsto no texto legal como requisito objetivo na hipótese em que restar comprovado nos autos o não preenchimento do requisito subjetivo.

Afinal, a definição do prazo razoável como sendo a data de resgate do requisito objetivo não impede a prévia verificação do requisito subjetivo para o deferimento dos direitos de execução penal. A finalidade ao se estabelecer a data-limite em que pode ocorrer a análise judicial do direito pleiteado é determinar a data-limite em que se pode apurar a presença do requisito subjetivo, de tal forma que todo incidente para analisar os direitos de execução deva ser instaurado antes do alcance do respectivo requisito objetivo, em tempo hábil para que a produção probatória requerida pelas partes ocorra até a data de sua implementação. O prazo

²²⁹ BRASIL. Lei n. 13.964/2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

²³⁰ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. “Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:”

²³¹ BRASIL. Código Penal (1940). “Artigo 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;”

mínimo a ser observado para a instauração dos expedientes, contado de forma retroativa da data em que deve ser proferida a decisão judicial de progressão de regime e/ou livramento condicional, sem realização de prova pericial, vem estampado no artigo 196 da Lei de Execução Penal²³²: três dias para a Defesa, três dias para o Ministério Público e três dias para o Juiz, totalizando nove dias, portanto. Somente adotando-se este entendimento será possível respeitar o prazo razoável na execução penal, evitando arbitrariedades e o prolongamento indevido dos processos.

Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada defende:

Em nome dos princípios da celeridade, da presunção de inocência em âmbito executivo e da necessidade de proporcionar segurança jurídica e reduzir danos humanos em sede penitenciária, a expressão “ao menos” contida no artigo 112 da LEP deveria ser suprimida ou substituída por “no máximo”. Conspirando contra a celeridade processual, a indicação legal de apenas um mínimo de pena a cumprir também inverte, em desfavor do condenado, o ônus da prova dos requisitos necessários à fruição do direito (quando na verdade deve competir ao Estado o ônus da prova de elementos impeditivos do direito), além de produzir transversalmente o fenômeno da indeterminação da pena, que traz necessariamente consigo a insegurança jurídica²³³.

Evidentemente que seria possível alegar, à primeira vista, que a emissão antecipada de atestado de comportamento carcerário pelo diretor do estabelecimento prisional não contemplaria todo o período de cumprimento da pena até a efetiva data de resgate do requisito objetivo. No entanto, esta situação seria facilmente corrigida se houvesse um sistema integrado entre a gestão penitenciária e o Poder Judiciário, no qual a situação carcerária pudesse ser atualizada pelo juiz no momento de proferir a decisão; mas, ainda assim, insuficiente para afastar o entendimento aqui defendido, na medida em que faltas disciplinares graves podem ocorrer a qualquer momento, inclusive no intervalo inevitável entre a decisão judicial e o seu efetivo cumprimento. Defende-se, portanto, que o único caminho para incluir a análise do bom comportamento até a data do efetivo cumprimento da decisão judicial é delegar a sua última conferência, a qual retroagirá à data da emissão do atestado, para o diretor do estabelecimento prisional, hipótese em que se preserva todo o raciocínio desenvolvido.

Por fim, no que se refere aos direitos de progressão de regime e livramento condicional, resta definir o prazo razoável para nova apreciação judicial nas hipóteses de indeferimento anterior por ausência comprovada nos autos de requisito subjetivo, ainda que

²³² BRASIL. Lei n. 7.210/1984. Lei de Execução Penal.

²³³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 355-356.

adimplido o objetivo. Diante do resgate do requisito objetivo, este não mais poderá servir de baliza para se identificar o prazo razoável, havendo necessidade de nova atividade hermenêutica. Duas são as possibilidades de ausência comprovada nos autos de requisito subjetivo: existência de atestado classificando como regular²³⁴ ou mau o comportamento carcerário do preso e existência de laudo pericial de exame criminológico negativo²³⁵.

Embora a legislação exija o bom comportamento carcerário para os direitos de progressão de regime e livramento condicional, conforme analisado no capítulo anterior, não houve delimitação legal do que se entende por bom comportamento carcerário, ficando relegada a matéria para o plano infralegal. Para tanto, o Decreto n. 6.049/2007²³⁶ aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, o qual divide o comportamento carcerário do preso, em seu artigo 76, em quatro categorias (ótimo, bom, regular e mau), a depender da prática de faltas disciplinares durante o cumprimento da pena, vinculando o diretor da unidade prisional a emitir o respectivo atestado nas circunstâncias ali dispostas. Assim, deve ter seu comportamento classificado como ótimo o preso que não tenha praticado nenhuma falta disciplinar desde o seu ingresso no sistema prisional, e como bom o preso que não possua nenhuma falta disciplinar ou tenha praticado falta disciplinar já reabilitada. O artigo 81 do Decreto ainda dispõe, complementando os artigos 77 a 80, que após a prática de falta disciplinar, a conduta carcerária será reabilitada com o decurso de três, seis ou doze meses, no caso de faltas leves, médias e graves, respectivamente. Nota-se, portanto, que a classificação negativa do comportamento carcerário está diretamente relacionada à prática de faltas disciplinares no cumprimento da pena.

Neste primeiro cenário em que o requisito objetivo foi alcançado, mas o preso apresenta mau comportamento carcerário, o prazo razoável para nova apreciação do pedido de progressão de regime ou livramento condicional será a data em que a conduta carcerária for

²³⁴ Rodrigo Duque Estrada Roig sustenta, ainda, que o comportamento carcerário regular ou neutro não poderia obstar de imediato a progressão de regime, pois entende que ele representa a inexistência de circunstâncias em desfavor do sentenciado e, portanto, um comportamento dentro da média, único que se poderia exigir dos encarcerados. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 369-370. No entanto, considerando que o presente estudo não tem a pretensão de se aprofundar nos requisitos da progressão de regime, mas de analisá-los com a finalidade de entender o impacto gerado no prazo razoável para que a progressão seja apreciada pelo Poder Judiciário, será utilizado como requisito subjetivo a expressão literal prevista no artigo 112, § 1º, da Lei de Execução Penal, sem prejuízo de, em novo estudo, pensar-se a respeito da classificação regulamentar.

²³⁵ No que se refere à realização do exame criminológico, não se pretende discutir a possibilidade de sua realização. Parte-se da premissa de que o exame criminológico é uma realidade aceita pelas Cortes Superiores, conforme se pontuou no capítulo anterior. Além disso, embora também se entenda que o juiz não está adstrito ao laudo produzido, para fins de se buscar a definição de prazo razoável na hipótese de ausência de requisito subjetivo, só interessa nesta oportunidade fazer referência ao indeferimento do direito pleiteado com base em laudo negativo de exame criminológico.

²³⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

reabilitada e o preso alcançar, conjuntamente, requisito objetivo e subjetivo. Evidentemente que, considerando-se o artigo 112, § 6º, da Lei de Execução Penal, o qual prevê a interrupção do lapso para fins de progressão de regime na hipótese de cometimento de falta disciplinar de natureza grave, o requisito objetivo a ser observado nesta situação não será aquele apurado inicialmente, mas deverá ser recalculado com base na data da falta grave praticada, de tal forma que ou ele se estenderá para data posterior à data de retomada do bom comportamento carcerário e o prazo razoável volta a ser a data do resgate do requisito objetivo, ou se verificará antes da reabilitação da conduta carcerária e o prazo razoável será justamente a data da sua reabilitação²³⁷.

No segundo cenário em que o requisito objetivo foi alcançado, mas, a pedido do Ministério Público, foi realizada prova pericial resultando em um laudo de exame criminológico contrário à progressão de regime e/ou ao livramento condicional, o qual restou acolhido pelo magistrado, questiona-se qual seria o prazo razoável para nova apreciação judicial da progressão de regime e/ou do livramento condicional. Diante de nova lacuna legislativa, necessário se valer da analogia, segundo o previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²³⁸. O caminho que se vislumbra identifica na própria legislação penal situação em que, dentro do processo de execução, se preveja prazo para nova prova pericial, com avaliação por profissionais da área médica ou psicossociais acerca do comportamento do sentenciado e de prognósticos relativos à reincidência, com vistas a aplicá-lo, por analogia, às hipóteses de exame criminológico negativo. Chega-se ao artigo 97, § 2º, do Código Penal²³⁹, o qual dispõe que a perícia médica, visando prorrogar a medida de segurança ou desinternação do paciente, “deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução”. Neste ponto, relevante lembrar que o escopo do presente estudo é estabelecer limites máximos voltados à contenção estatal para impedir arbitrariedades e garantir direitos fundamentais dos condenados não agasalhados pela sentença penal condenatória, valendo-se, para tanto, de um processo hermenêutico. Não há dúvidas de que o

²³⁷ Importante registrar que pende de apreciação no Senado Federal o veto n. 56/2019, proferido pelo Presidente da República, ao § 7º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, que teria sido introduzido pela Lei n. 13.964/2019. Referido dispositivo fixa a reaquisição do bom comportamento carcerário no prazo máximo de um ano, a contar da ocorrência do fato que rebaixou a conduta do preso, e reduz este prazo para data anterior, caso o requisito objetivo para a progressão de regime se verifique antes de um ano. BRASIL. Congresso Nacional. **Veto n. 56/2019**. Pacote Anticrime. Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

²³⁹ BRASIL. Código Penal (1941).

período de um ano para nova apreciação judicial dos direitos de progressão e livramento condicional é extenso para aquele que se encontra cerceado de sua liberdade e seria desejável que esta ocorresse em período inferior, todavia, a inexistência de marco legal possibilita entendimentos judiciais ainda mais extensos, justamente o que se pretende coibir. Ademais, utilizando-se do conteúdo do mesmo dispositivo legal, a redução do prazo de um ano pode ser determinada pelo juiz da execução penal, a qualquer tempo, reforçando a ideia de que um ano seria o limite máximo, a partir do qual haverá violação à razoável duração do processo.

4.1.2 Prazo razoável para indulto, graça e anistia

No que se refere ao indulto, à graça e à anistia, o entendimento segue a mesma lógica desenvolvida para a progressão de regime e para o livramento condicional. São direitos que importam na extinção da punibilidade do sentenciado, consoante disposto no artigo 107, II, do Código Penal²⁴⁰. A demora na apreciação judicial do preenchimento dos seus requisitos, portanto, poderá levar o apenado a permanecer cumprindo pena por tempo superior ao exigido pela legislação em vigor.

Dos três direitos em questão, em virtude do alcance e da quantidade de regras já editadas no ordenamento jurídico brasileiro, o indulto é o que mais se destaca na prática judiciária e será enfatizado nesta oportunidade, embora, conforme apontado no terceiro capítulo desta dissertação, ele tenha sofrido grande redução ante a mudança de postura adotada pela Presidência da República a partir de 2018.

Tal como a progressão de regime e o livramento condicional, os decretos presidenciais de indulto previram para a concessão do direito o preenchimento de um requisito objetivo e um subjetivo. O requisito objetivo sempre esteve ligado à quantidade de pena imposta e ao cumprimento de determinada fração dela, todavia, diversamente, o requisito subjetivo usual nunca foi o bom comportamento carcerário, mas a ausência de homologação judicial de falta disciplinar grave praticada nos doze meses anteriores à publicação do decreto concessivo²⁴¹. Acredita-se que se adotou o requisito subjetivo como regra geral em razão da natureza declaratória da decisão judicial que defere o direito. É dizer, considerando que a concessão do direito ocorre no momento da publicação do decreto presidencial, a verificação dos requisitos

²⁴⁰ BRASIL. Código Penal (1941).

²⁴¹ Importante pontuar que a cada novo decreto de indulto, os requisitos exigidos podem ser alterados pelo Presidente da República, sendo impossível, portanto, delimitar as especificidades de todos eles, assim como prever se haverá concessões futuras e em quais termos. Desta forma, a presente análise se limitou a utilizar como referência os requisitos recorrentemente exigidos nos decretos existentes.

deve retroagir para a mesma oportunidade, enquanto o atestado de boa conduta carcerária refletirá o comportamento carcerário no momento de sua emissão, sem observar a data da publicação do decreto de indulto, complicando a análise do requisito subjetivo. Por sua vez, a ausência de prática de falta disciplinar grave nos dozes meses anteriores à publicação do decreto, desde que homologada judicialmente, respeita a análise da situação do sentenciado exatamente na publicação do decreto. Assim, embora a Lei de Execução Penal seja omissa quanto à definição de bom comportamento carcerário, ficando a matéria a critério da regulamentação infralegal, o cotejamento entre os artigos 78 e 81, III, do Decreto n. 6.049/2007 leva à conclusão de que a exigência da ausência de falta disciplinar grave nos doze meses anteriores à publicação do decreto de indulto, por via oblíqua, exige o bom comportamento carcerário no momento da concessão do direito. Essa concessão independe do atestado emitido pelo diretor do estabelecimento prisional e será de fácil constatação nos autos, considerando que o comportamento do preso será classificado como bom “decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal federal até o momento da requisição do atestado de conduta”, equiparando-se “ao bom comportamento carcerário o do preso cujo prontuário registra a prática de faltas, com reabilitação posterior de conduta”. O prazo de reabilitação da conduta carcerária, por sua vez, será de “I – três meses, para as faltas de natureza leve; II – seis meses, para as faltas de natureza média; III – doze meses, para as faltas de natureza grave”²⁴².

Nesse sentido, frente a direito cujos requisitos não estão definidos em lei, mas o serão pela norma específica somente no momento de sua entrada em vigor, não é possível analisar antecipadamente o preenchimento dos requisitos. Para tanto, o prazo razoável deverá se relacionar com a data possível de análise do preenchimento dos requisitos, acrescida da somatória dos prazos processuais para manifestação das partes e pronunciamento judicial previstos no próprio decreto concessivo do direito ou, no silêncio do decreto, do artigo 196 da Lei de Execução Penal. Lembrando que o requisito objetivo se relaciona com a quantidade e cumprimento de fração da pena, sua aferição é de fácil constatação e dependerá apenas de cálculo atualizado nos autos, o que, espera-se, já exista no processo no momento da publicação do decreto presidencial. No entanto, a verificação da ausência de falta grave nos dozes meses anteriores à sua publicação como data possível de análise do preenchimento do requisito

²⁴² BRASIL. **Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

subjetivo, exige observar o prazo para a autoridade administrativa comunicar o juízo da ocorrência da falta, e o prazo de análise judicial acerca de sua homologação.

Assim, pode-se entender como prazo razoável para o pronunciamento judicial acerca do indulto, o prazo-limite para decidir-se pela ocorrência (ou não) de falta disciplinar praticada no dia da publicação do decreto presidencial e apurada no procedimento administrativo correspondente – prazo este que será definido na próxima seção – somado ao prazo processual para a manifestação das partes e análise judicial previstos no próprio decreto concessivo do direito ou, no silêncio do decreto, do artigo 196 da Lei de Execução Penal.

4.1.3 Prazo razoável para os demais incidentes da execução penal: remição e comutação, procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar e saída temporária

Por fim, importante identificar o prazo razoável para os demais incidentes da execução penal, ainda que o deferimento dos direitos a eles referentes não implique a imediata extinção da punibilidade ou o ingresso em regime prisional menos severo, considerando que o direito fundamental à razoável duração do processo não se limita a dadas hipóteses.

Embora se pudesse adotar o entendimento de que o prazo razoável seria a somatória dos prazos processuais, previstos no artigo 196 da Lei de Execução Penal, para manifestação da Defesa, do Ministério Público e para a decisão judicial – afinal, a lei não deveria prever prazos inúteis – não parece ponderado adotá-lo como limite a partir do qual haveria violação ao direito fundamental em comento. Isso ocorre, justamente, por não causarem, em regra, uma ilegalidade no cumprimento da pena em regime mais gravoso ou imediata liberdade do apenado. Em outras palavras, considerando o impacto causado pelas decisões de referidos incidentes no cumprimento da pena, há maior espaço de flexibilização (ou razoabilidade) no que se refere ao tempo para que sejam proferidas.

4.1.3.1 Prazo razoável para remição e comutação de penas

Dos incidentes restantes, inicia-se pela análise daqueles que tratam dos direitos à remição e comutação de penas. Optou-se por tratá-los em conjunto, observadas suas especificidades, na medida em que ambos se referem à possibilidade de redução da pena imposta na sentença penal condenatória, normalmente sem a imediata liberação do preso, embora a concessão de cada um deles dependa de requisitos próprios.

A remição é a redução de parte da pena mediante o trabalho e/ou o estudo do preso. De acordo com o artigo 126 da Lei de Execução Penal, um dia de pena será descontado a cada três dias de trabalho ou a cada doze horas de frequência escolar²⁴³. O tempo será acrescido em um 1/3 na hipótese de conclusão de ensino fundamental, médio ou superior, desde que seja apresentado o certificado respectivo. A comutação de penas, por sua vez, consoante tratado na seção 3.3.3, é o perdão parcial da pena concedido pelo Presidente da República mediante requisitos por ele determinados e estabelecidos em decreto.

No caso da remição, há que se distinguir dois prazos para a análise do direito: o primeiro deles refere-se ao prazo judicial para proferimento de decisão na hipótese de incidente instaurado, isto é, na hipótese de existir nos autos pedido formulado pela parte instruído com os atestados de trabalho e/ou estudo; o segundo refere-se ao prazo a ser observado para a requisição dos atestados de trabalho e/ou estudo, isto é, de quanto em quanto tempo a parte pode pedir ao juiz que requirite os documentos ao estabelecimento prisional, caso não os obtenha diretamente, sem que ele se negue a fazê-lo por questões de tempo.

Na primeira hipótese, considerando, em reiteração, que não há prazos inúteis na lei, o prazo a ser observado é o do artigo 196 da Lei de Execução Penal. Já na segunda hipótese, não parece razoável que a cada três dias o juiz requirite novos atestados de trabalho e/ou estudo, pois não se pode confundir a possibilidade de análise judicial com a data a partir da qual há violação de um direito fundamental e, portanto, aplicação de consequências. Desse modo, adotando-se como premissa a busca por soluções dentro do próprio ordenamento jurídico, o caminho parece fundamentar-se no direito do preso previsto no artigo 41, XVI, da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que, anualmente, deve ser emitido atestado de pena a cumprir. Ora, se a autoridade judiciária competente está obrigada a emitir atestado de pena a cumprir anualmente, também ao menos anualmente o montante de pena a cumprir deve ser atualizado com todas as remições já declaradas.

No caso da comutação de penas, idealmente falando, o prazo para haver decisão judicial deveria ser o mesmo prazo do indulto. No entanto, ainda que se defenda que o pronunciamento judicial ocorra no referido prazo, em virtude da diferença nos efeitos produzidos pelo deferimento de um e de outro direito, o prazo limite para a comutação poderá

²⁴³ Em 10 de maio de 2021, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 391 regulamentando a remição por meio de práticas sociais educativas, dividindo-as entre atividades escolares, práticas sociais educativas não escolares e leitura de obras literárias. Especificamente no que toca à remição por leitura não prevista na LEP, definiu-se que, por obra literária lida, serão remidos quatro dias de pena, limitada à possibilidade de doze obras pelo período de doze meses, atingindo-se o teto de quarenta e oito dias remidos por doze meses, portanto. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 391**, de 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

ser elasticizado utilizando-se o mesmo raciocínio aplicado à remição, qual seja, um dia antes da emissão do atestado anual de pena a cumprir.

Importante ainda destacar que como ambos os direitos (remição e comutação) diminuem a quantidade de pena a cumprir e interferem diretamente nos demais direitos legalmente previstos que exigem como requisito o adimplemento de determinada fração da pena total, também se poderá falar em violação ao direito fundamental ao prazo razoável caso a ausência da declaração da remição e/ou da comutação pelo juiz atrase a análise dos direitos que impactarão a liberdade ou a alteração de regime prisional do sentenciado. É dizer, o limite para analisar a remição e a comutação será reduzido caso o preso esteja na iminência de progredir de regime e obter livramento condicional ou o indulto, ou ainda alcançar o término da sua pena.

4.1.3.2 Prazo razoável para decisão judicial em procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar

O procedimento para apuração de falta disciplinar se refere a expediente instaurado pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado e seguirá as diretrizes estabelecidas pelos artigos 47 e 59 da Lei de Execução Penal relativas às disposições regulamentares.

Embora a Lei de Execução Penal apenas atribua ao juiz a competência para regredir o preso para regime prisional mais gravoso, revogar autorização de saída temporária, revogar parcela de dias remidos e converter pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, a natureza jurisdicional que deve possuir o processo executivo – tema abordado na seção 3.2 do capítulo 3 – exige manifestação judicial a respeito da conclusão administrativa proferida no procedimento para apuração de faltas disciplinares. É dizer, a palavra final acerca da ocorrência ou não de uma determinada falta disciplinar é tarefa atinente ao Poder Judiciário.

Em virtude de a prática de falta grave acarretar o rebaixamento da conduta carcerária do preso e ser o bom comportamento requisito subjetivo para a maioria dos direitos de execução, a pendência de procedimento administrativo sem conclusão ou de falta grave sem correspondente apuração impedirá a classificação da conduta carcerária do preso e, como consequência, sobrestará a análise de direitos, podendo, portanto, violar a razoável duração do processo. Enquanto a situação da falta supostamente praticada estiver indefinida, nenhum atestado classificará o comportamento carcerário como bom e, como consequência, os pedidos de progressão de regime e livramento condicional, dentre outros, não serão apreciados.

Nesse sentido, defende-se que a derrubada do veto presidencial do § 7º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019, foi acertada, pois o dispositivo legal, para além de limitar a extensão temporária do mau comportamento carcerário por regulamentação infralegal, ao impor a retomada do bom comportamento carcerário após um ano da falta grave ou em data anterior, qual seja, na data de cumprimento do requisito temporal exigível para a progressão de regime, impede que eventual prolongamento do procedimento administrativo para apuração da falta disciplinar crie obstáculo à análise dos direitos dependentes de requisitos relacionados ao bom comportamento carcerário.

Seguindo a mesma lógica, afirma-se que violará a razoável duração do processo o procedimento administrativo que superar o prazo de um ano sem que sobrevenha decisão judicial.

4.1.3.3 Prazo razoável para saída temporária

A Lei de Execução Penal prevê duas modalidades de autorizações de saída para condenados, quais sejam, a permissão de saída e a saída temporária. A primeira se destina à possibilidade de saída do estabelecimento mediante escolta nas hipóteses de morte ou doença grave do cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes ou irmãos do preso, ou ainda, na hipótese de tratamento médico do próprio preso. Em razão da urgência da medida, a concessão da permissão de saída é atribuída ao diretor do estabelecimento prisional, nos termos do artigo 120, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, motivo pelo qual não será aqui tratada. A segunda, por sua vez, é concedida pelo Poder Judiciário por no máximo quatro períodos anuais de até sete dias, apenas aos presos que estejam cumprindo pena no regime semiaberto. Embora sejam voltadas tanto a visitas familiares, quanto à frequência a cursos supletivos profissionalizante e de instrução do ensino médio ou superior e à participação em atividades voltadas ao retorno à sociedade, na prática, verifica-se sua ocorrência com maior ênfase para as visitas familiares.

O artigo 123 da Lei de Execução Penal define como requisitos para a concessão da saída temporária o resgate do lapso de um sexto ou um quarto da pena, a depender da primariedade ou reincidência, a verificação de comportamento adequado e sua compatibilidade com os objetivos da pena, exigindo ainda o artigo 124 do mesmo diploma legal o fornecimento de endereço onde permanecerá o condenado, a obrigação de recolhimento noturno em referido endereço e a proibição de frequentar bares, casas noturnas e afins.

Nota-se que a legislação não definiu as datas anuais para a ocorrência da saída temporária. Assim, no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça emitiu a Portaria Conjunta n. 2/2019²⁴⁴ com a finalidade de regulamentar o seu processamento a partir do ano de 2020. Referida portaria previu a terceira semana dos meses de março, junho e setembro, bem como o período compreendido entre os dias 23 de dezembro e 03 de janeiro do ano seguinte para efetivação do direito e atribuiu às autoridades responsáveis pelos presídios a tarefa de remeter ao juízo competente, no prazo de até quinze dias para a data prevista para a saída respectiva, expediente contendo a relação de presos que preencham os requisitos para a saída temporária, sem prejuízo da formulação de pedidos individuais por qualquer legitimado listado no artigo 195 da Lei de Execução Penal na hipótese de sentenciado não relacionado no expediente mencionado, os quais devem obedecer o mesmo prazo-limite de quinze dias antes da data prevista para a sua implementação. Após o recebimento do expediente, permite-se a manifestação do Ministério Público pelo prazo de três dias.

A Portaria Conjunta n. 2/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tornou efetivo o direito à saída temporária e, ao mesmo tempo, definiu prazos para a análise do direito. Embora não preveja data-limite para o proferimento da decisão judicial, deixa implícito que ocorra antes da terceira semana dos meses de março, junho e setembro e do dia 23 de dezembro de cada ano, caso contrário não faria sentido fixar datas para a fruição da saída temporária e prazos para a formação de expediente para sua análise. Trata-se de verdadeira regulamentação em prol da razoável duração do processo, que deve ser utilizada como parâmetro procedimental, portanto.

4.2 Consequências da violação do prazo razoável na execução penal

A vigência do direito fundamental à razoável duração do processo, especialmente na execução penal, revela-se extremamente importante na medida em que se torna uma garantia do não excesso no cumprimento da pena e, consequentemente, na manutenção da prisão. Há que se desconstruir o interesse na velocidade do processo apenas para a situação em que este será utilizado com finalidade condenatória, como ocorre no processo de conhecimento.

A ausência de sanções, especialmente endoprocessuais, para a violação ao direito fundamental à razoável duração do processo implicará arbitrariedades. O Estado foi erigido ao

²⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Portaria Conjunta n. 2/2019**, de 22 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Portarias/Portaria002.2019-SaidaTemporaria.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

posto de detentor do direito de punir justamente para racionalizar o direito penal, aplicando ao culpado da prática delitiva a justa e adequada pena. Entretanto, o alcance da justa e adequada pena não se esgota com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas se prolonga durante toda a etapa de sua execução, pois a forma como ela ocorrerá pode aumentar ou diminuir a intensidade da pena atribuída na sentença penal.

Embora não haja um artigo específico na Lei de Execução Penal ou mesmo no Código de Processo Penal atribuindo sanções processuais ao Estado pela violação de limites a serem observados na execução penal – o que poderia ser inclusive interpretado como ausência de limites – não se pode conceber que haja um poder estatal absoluto e ilimitado, ao argumento de que, se houver arbitrariedades, elas devem ser resolvidas na seara de indenização civil posterior. O direito de ir e vir do condenado foi restringido e referida restrição deve ser circunscrita ao quanto decidido na sentença penal, sob pena de violação da coisa julgada. Definido o prazo razoável a ser observado no processo de execução, pretende-se ainda estabelecer possíveis consequências para as hipóteses em que ele não é observado, tanto internas ao processo quanto externas a ele.

4.2.1 Consequências endoprocessuais

As primeiras consequências a serem identificadas da violação à razoável duração do processo são aquelas endoprocessuais, ou seja, sanções processuais que trazem reflexos imediatos para cada caso concreto e, como tal, podem obstaculizar eventual prática violadora e restaurar a ausência de celeridade, conferindo máxima eficácia ao direito fundamental em questão.

4.2.1.1 Consequências da violação do prazo razoável nos incidentes de progressão de regime e livramento condicional

Ultrapassado o prazo razoável para a apreciação dos pedidos de progressão de regime e livramento condicional, vislumbra-se como consequência o imediato deferimento do direito pleiteado, determinando-se preclusa a produção da prova referente ao requisito subjetivo.

Aqui, parte-se da ideia de que estando o sentenciado ao dispor do Estado e sendo a pena por este fiscalizada, o bom comportamento carcerário é a regra, pois, em caso de falta disciplinar apta a rebaixar a conduta carcerária do preso, a autoridade administrativa comunicará ao juiz competente a fim de homologá-la e, se assim entender, aplicar as demais

consequências ao preso²⁴⁵, tal como a perda de dias remidos e a interrupção da contagem do lapso para fins de progressão de regime, consoante disposto respectivamente nos artigos 127 e 112, § 6º, ambos da Lei de Execução Penal.

Acredita-se que o deferimento automático do direito, declarando preclusa a produção da prova negativa do requisito subjetivo, movimentaria tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública no sentido de organizar o envio dos documentos necessários e decidir a respeito da progressão de regime e do livramento condicional dentro do prazo proposto, levando ao sentenciado a real expectativa da apreciação de seus direitos, em especial destes que modificam o cumprimento da pena e o aproximam da obtenção de sua liberdade.

4.2.1.2 Consequências da violação do prazo razoável nos incidentes de indulto, graça e anistia

No caso do indulto, da graça e da anistia, entende-se que um raciocínio parecido deva ser aplicado, mas ainda com mais rigor. Lembrando que referidos direitos implicam a extinção da punibilidade do sentenciado e a sua consequência direta é a obtenção imediata da liberdade com o término antecipado da pena, a cada dia a mais sem decisão judicial, o preso cumpre um dia a mais de pena ilegal. A partir do momento em que há violação à razoável duração do processo na apreciação de expediente que acarreta a extinção da punibilidade do sentenciado, manter a prisão por ausência de decisão judicial que já poderia ter sido proferida significa torná-la ilegal.

Por outro lado, o artigo 5º, LVX, da Constituição Federal assim dispõe: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Nota-se que toda prisão, seja ela cautelar ou definitiva, deve obedecer rigorosamente aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Qualquer prisão que viole direitos fundamentais se torna ilegal e, portanto, nos termos do artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, deve ser imediatamente relaxada. Aqui não cabe interpretação restritiva para se afirmar que o mandamento constitucional só se aplica à prisão processual. Não houve qualquer especificação por parte do texto constitucional e, em se tratando, portanto, o direito à razoável duração do processo de direito fundamental, sua violação torna a prisão ilegal, incluindo a prisão-pena, devendo ser imediatamente relaxada.

Aliás, a preocupação com a ilegalidade da prisão foi tamanha pelo Constituinte que, na hipótese de inocorrência do seu imediato relaxamento pela autoridade competente, em

²⁴⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 198.

apenas alguns incisos posteriores, a Constituição Federal assegurou o remédio para referida ilegalidade: o *habeas corpus*²⁴⁶.

Assim, ultrapassado o prazo razoável para apreciação judicial a respeito desses direitos, a prisão deve ser imediatamente relaxada (ou deve ocorrer a desoneração de cumprimento de obrigações processuais, na hipótese de o sentenciado não estar preso, como, por exemplo, no gozo de livramento condicional), restando a análise da extinção da punibilidade do sentenciado para momento posterior à sua soltura.

4.2.1.3 Consequências da violação do prazo razoável nos demais incidentes da execução penal: remição e comutação, procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar e saída temporária

Os demais incidentes da execução não conduzem diretamente (i) a mudanças na forma do cumprimento da pena – como ocorre na progressão para regime menos gravoso –, (ii) à obtenção da liberdade antecipada, ou ainda, (iii) à extinção da punibilidade do sentenciado. Justamente por estas razões, há maior dificuldade na identificação do momento da violação ao prazo razoável. Todavia, ainda assim, a sua violação traz – precisa trazer – consequências com vistas a coibir abusos no prolongamento excessivo dos incidentes, deixando o preso em situação ainda maior de agonia.

No caso do incidente de remição, estando presentes nos autos os atestados de trabalho ou estudo, a ausência de decisão judicial no prazo razoável configura excesso de execução, nos termos do artigo 185 da Lei de Execução Penal; já na hipótese de inexistência de expediente de remição nos autos por inércia na requisição dos atestados, deve-se presumir como trabalhados todos os dias úteis do período.

No caso do incidente de comutação, a ausência de decisão judicial no prazo razoável deve tornar preclusa eventual prova acerca da ausência de falta disciplinar grave nos doze meses anteriores à publicação do decreto, ou qualquer outro requisito subjetivo exigido por ele, conduzindo ao imediato deferimento do direito.

Por sua vez, no caso de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, entende-se que a alteração do artigo 112, § 7º da LEP trouxe a consequência devida, qual seja, reabilitar a conduta carcerária do preso, que retoma o seu bom comportamento,

²⁴⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Artigo 5º [...] LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

independentemente da sequência na apuração e eventual homologação da falta disciplinar em jogo que estarão sujeitas ao prazo prescricional, mas não mais serão capazes de impedir a análise dos demais direitos de execução que exigem o bom comportamento carcerário como requisito subjetivo.

Por fim, o atraso na apreciação de expedientes de saída temporária deve conduzir à concessão da autorização pleiteada, a fim de evitar o perecimento do direito.

4.2.2 Consequências extraprocessuais

Embora se entenda como melhores soluções aquelas implementadas dentro do processo, por se apresentarem como verdadeiros óbices à violação da sua razoável duração, permitindo a salutar dinâmica de ônus e sanções, características da construtiva relação processual, não se pode deixar de apontar consequências externas ao caso concreto, responsáveis por, no futuro, sancionar de alguma forma a violação ocorrida, objetivando impedir novos casos.

4.2.2.1 Reparação civil

A primeira consequência extraprocessual é a busca da reparação civil perante o Estado. Havendo demora na obtenção de decisão judicial acerca dos direitos em sede de execução penal, sem que o sentenciado tenha a ela dado causa, estabelecida estaria a responsabilidade civil objetiva do Estado, conforme rege o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, surgindo a sua obrigação em reparar o dano.

O fundamento para a reparação civil nestes casos advém, aliás, da própria Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Ainda que se possa defender a literalidade do direito à indenização apenas para as hipóteses em que a prisão ocorra por prazo superior ao fixado na sentença penal condenatória, não há como se negar o prejuízo nas hipóteses em que, diante do declarado estado de coisas inconstitucional, o tempo no cárcere supera o legalmente previsto por ser cabível direitos que extinguem a punibilidade do sentenciado, ou ainda pela permanência do sentenciado em regime de cumprimento de pena mais gravoso, na medida em que haveria apropriação pelo Estado de tempo indevido do condenado, tempo este que, por impossibilidades físicas, não mais será devolvido. Nesse sentido, o tempo em regime mais gravoso ou o tempo no cárcere por pena que

já poderia ter sido extinta configura prisão ilegal, tornando aplicável o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal.

No entanto, a indenização para hipóteses de prisão ilegal também tem previsão nos diplomas internacionais internalizados pelo Brasil. O artigo 9.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe: “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição”²⁴⁷; e o artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada²⁴⁸.

É bem verdade que embora o Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos discipline o direito a um julgamento sem demora somente ao processo de conhecimento, conforme apontado no primeiro capítulo, a abrangência do artigo 9.5 não traz referida limitação, sendo aplicável para qualquer hipótese de prisão ilegal, de forma que, se configurada como ilegal com base em qualquer fundamento, a reparação civil deve ser assegurada.

O pagamento pecuniário de determinada importância, em termos práticos, infelizmente não tem o condão de restabelecer o estado inicial das coisas. É dizer, o tempo da pessoa que foi apropriado indevidamente pelo Estado, causado pela ausência de decisão judicial em tempo razoável, impactando o cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o previsto em lei para determinado caso ou a extensão da pena que poderia estar extinta, não será devolvido a ela. Contudo, considerando a impossibilidade da reposição do tempo, a indenização poderá ao menos retirar do Estado outro bem (diverso do tempo) e acrescentá-lo na vida da pessoa lesada como forma de reconhecimento da violação de seu direito. E, além da indenização individual, é inegável o efeito pedagógico ao Estado quando este é obrigado a reparar um dano que deu causa, o que, sabe-se, pode evitar novas violações em casos futuros. Esse é o principal objetivo: a não violação à razoável duração do processo.

²⁴⁷ BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

²⁴⁸ BRASIL. **Decreto n. 678, 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

4.2.2.2 Abuso de autoridade

Como última consequência extraprocessual, há ainda que se apontar a possibilidade de condutas violadoras da razoável duração do processo acarretarem o crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 13.869/2019²⁴⁹.

De acordo com o referido diploma legal, as condutas previstas no artigo 19 “Artigo 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:” e no artigo 37 “Artigo 37. Demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento:” apresentam relação direta com a razoável duração do processo. À evidência, o objetivo de determinadas capitulações jurídicas volta-se a coibir comportamentos processuais de autoridades administrativas, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que retardem, indevidamente, a análise de direitos de presos ou o andamento de processos, valendo-se de sua posição de detentor de poder em face de dado contexto, atacando o abuso de poder e valorizando o direito fundamental à razoável duração do processo.

Embora seja questionável a expansão do direito penal como instrumento de tutela de alguns direitos, não se pode negar o simbolismo decorrente daquelas criminalizações como reforço normativo na proteção dos cidadãos em face do Estado.

²⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 19 de jun. 2021.

CONCLUSÃO

Entender a origem do direito à razoável duração do processo nos cenários internacional e interno, definir sua natureza jurídica e extrair o conceito por ele compreendido orientam a forma como o direito foi construído e deve ser aplicado nos processos atuais, bem como indicam a sua constante evolução e aperfeiçoamento.

Em se tratando da razoável duração do processo, imprescindível ainda compreender como o tempo é um conceito intrinsecamente relacionado ao Direito e, dada a sua relatividade, sofre variações que precisam ser amadurecidas e incorporadas pelo ordenamento jurídico, especialmente sob a ótica das pessoas aprisionadas e, conseqüentemente, com restrição de direitos.

Embora a execução penal seja a última etapa da persecução penal (aqui pensado como última parte da apuração e punição por um crime praticado), na qual a prisão está diretamente ligada ao cumprimento da pena, o tempo de cumprimento da pena não pode se limitar singelamente ao total fixado na sentença condenatória. Cada incidente processual deve, individualmente, obedecer à razoável duração. Justamente por se referir a um período de restrição de direitos, o tempo da execução penal é também tempo de sofrimento imposto pelo Estado. Assim, o tempo da pena deve ser observado de forma fracionada, a fim de que cada porção seja cumprida, objetivamente, da maneira determinada na Lei de Execução Penal, sob o risco de, nesta última etapa, ser intensificada em prejuízo do sentenciado. Não é à toa que a legislação se ocupou de prever institutos jurídicos para limitar o sofrimento da pena, criando os direitos de execução penal. Ignorar os lapsos legais como marcos importantes e degraus a serem alcançados em momentos certos e determinados no cumprimento da pena significa exasperá-la pouco a pouco até que dure, na sua forma mais gravosa, a totalidade do processo, violando-se as finalidades legítimas da pena.

Os problemas enfrentados pelo sistema carcerário, sabidamente declarado como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, já trazem graves consequências à execução penal – tanto assim é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, editou a Resolução de 22 de novembro de 2018 determinando, como regra geral, o cômputo em dobro para cada dia de privação de liberdade nele cumprido, em razão da sua superlotação e das precárias condições de

infraestrutura²⁵⁰, decisão referendada pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar o *Habeas Corpus* n. 136.961²⁵¹. Se o Poder Executivo não consegue aprimorar seus estabelecimentos prisionais para que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas nos exatos termos legais, que o Poder Judiciário não seja um novo causador de violação de direitos das pessoas condenadas por meio de inobservância da razoável duração do processo.

Atualmente, consoante descrito no terceiro capítulo deste estudo, por não haver a prática de se identificar consequências endo e extraprocessuais, o processo de execução penal, conduzido pelo Poder Judiciário, desenvolve-se com práticas desrespeitosas à razoável duração reconhecida como direito fundamental. A ausência de sistematização e de padronização instituída, melhor definida como ausência de tipicidade procedimental, afasta o processo de execução do seu necessário caráter democrático e limitador do poder constituído, que privilegia os direitos e garantias fundamentais, e permite, equivocadamente, uma vasta liberdade interpretativa dos envolvidos no sentido de empregar práticas violadoras da sua razoável duração, como a aplicação do *in dubio pro societatis*, a inaplicabilidade da preclusão e da coisa julgada, o abuso do uso do exame criminológico, a postergação de direitos de progressão e a indevida criação de requisitos para direitos de indulto e comutação.

Nota-se que a diferença do processo de execução para o processo de conhecimento, no que se refere à razoável duração do processo, reside exatamente na consequência decorrente do seu reconhecimento. A simples procrastinação do processo traz consequências que não são desejadas pelo Estado-Penal, quais sejam, a soltura do réu, o esquecimento dos fatos pelo decurso do tempo, o refazimento de provas pela nulidade processual e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com a perda do poder punitivo, tudo isso somado ao descrédito social do sistema justiça. Tais consequências, contudo, não se verificam ao processo de execução, o que deveria ocorrer. Porque, sendo instrumento de contenção do poder estatal, o processo de execução não é ilimitado. Todavia, a ausência de consequências nos moldes propostos, especialmente endoprocessuais, aumenta o poder estatal justamente em face de pessoas que já estão em posição de subordinação pela restrição de direitos imposta pelo mesmo

²⁵⁰ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf Acesso em: 20 de jun. 2021.

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 136.961/RJ**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 de abril de 2021. Publicado em 30 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2021.

Estado, deixando-as sem a tutela de mecanismos de controle das arbitrariedades praticadas, o que é incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito.

A proposta apresentada neste trabalho, definidora do prazo razoável para cada incidente processual responsável pela análise de direitos das pessoas privadas de liberdade em cumprimento de pena e das consequências para o seu descumprimento, coloca o processo de execução penal no lugar de processo constitucional democrático, privilegiando a sua jurisdicionalidade, lugar em que sempre deveria estar.

Objetivou-se alcançar uma construção dogmática, por meio de atividade interpretativa, tendo por centralidade os direitos e garantias fundamentais e, ainda, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, do qual se extrai que o direito à razoável duração do processo possui eficácia plena e aplicabilidade imediata. É evidente que a existência de lei regulando e limitando a duração do processo executivo penal, observadas todas as suas particularidades, traria uma almejada densidade normativa e potencializaria a eficácia do direito fundamental em comento. De qualquer modo, o presente trabalho pretendeu jogar luz ao tema aparentemente esquecido e demonstrar a possibilidade de cumprimento do mencionado mandamento constitucional, sem a necessidade de se aguardar a atuação do Poder Legislativo. Por outro lado, espera-se que as balizas aqui construídas possam contribuir para o amadurecimento (tardio) do tema, mas ainda incipiente, e inaugurar eventual debate legislativo no sentido da maior regulamentação, considerando as especificidades jurídicas do processo de execução penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do direito de execução penal. In: **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 24-49, set.-dez. 2014.

AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ARANTES, Paulo. Zonas de espera: uma digressão sobre o tempo morto da onda punitiva contemporânea. In: **O novo tempo do mundo**: e outros estudos sobre a era da emergência. São Paulo: Boitempo, 2014.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSIZE of Clarendon, 1166. Disponível em:
<https://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: RT, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Práticas inquisitivas na execução penal (Estudo do vínculo do juiz aos laudos criminológicos a partir da jurisprudência garantista do Tribunal de Justiça do RS). In: CARVALHO, Salo (org.). **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CEDH. **Corte Europeia de Direitos Humanos**: caso n. 1936/63, *Neumeister versus Áustria*, 1963. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73425&filename=NEUMEISTER%20v.%20AUSTRIA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.

CIDH. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**: caso n. 11.517, *Diniz Bento da Silva*, 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil.11517.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução de 22 de novembro de 2018**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução n. 12/2011, de 25 de maio de 2011**. Regulamenta a atuação da/o psicóloga/o no âmbito do sistema prisional. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA (1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 10ª, 12ª, 14ª e 20ª Regiões). **Nota Técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011, de junho de 2015**. Autuação da// psicóloga/o no âmbito do sistema prisional. Disponível em: https://crpsp.org/uploads/legislacao/1631/XR0YT3uVlzgbLwZO0E_igt-oAnAQbH4C.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

OEA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade**: sobre a teoria da relatividade especial e geral (para leigos). Trad. Silvio Levy. Porto Alegre: L&PM, 2017.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://constitutionus.com/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FARIAS, Vilson. O exame criminológico na aplicação da pena. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 04, n. 15, p. 269-298. jul.-set. 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. In: **Justitia**, São Paulo, n. 56, p. 32-48, abr.-jun. 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAME of Government of Pennsylvania, 05 de maio de 1682. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/pa04.asp. Acesso em: 15 jun. 2020.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOIFMAN, Kiko. **Valetes em slow motion**: a morte do tempo na prisão: imagens e textos. Campinas: Unicamp, 1998.

GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual**: abordagens sobre a dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE, Antonio Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

JUBILUT, Liliana Lyra; CASAGRANDE, Melissa Martins; LOPES, Rachel de Oliveira. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Direito de Asilo na América Latina. *In*: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro (org.). **50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos**: o sistema interamericano: legado, impacto e perspectivas. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid: Dykinson, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os conceitos básicos da execução penal no Brasil. *In*: Nucci, Guilherme de Souza (org.). **Execução penal no Brasil: estudos e reflexões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal**: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. *In*: PIOVESAN, Flávia (org.). **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁ, Alvino Augusto. O exame criminológico e seus elementos essenciais. *In*: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 214, p. 4-5, set. 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de execução penal**. São Paulo: RT, 2019.

SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça**, 2016, p. 153-154. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_POR.PDF. Acesso em: 09 jun. 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF; colaboração de Flávia Scabin e Marina Feferbaum; pesquisadores da obra Eloisa Machado *et al.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VILHENA, Oscar. Três teses equivocadas sobre os direitos humanos. *In: Manual de Mídia e Direitos Humanos*. São Paulo: Consórcio Universitário pelos Direitos Humanos e Friedrich Ebert Stiftung, 2001.

VIRGINIA Declaration of Rights. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 15 jun. 20.

ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito penal brasileiro I**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Poder Judiciário

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, **Relatório Final do Projeto Justiça Presente**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/RELATORIO-FINAL-JP.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 391**, de 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 26**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>. Acesso em: 23 fev. 2021. num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n. 78.978-1/PI**. Rel. Min. Nelson Jobim, 09 de maio de 2000. Publicado em 13 de outubro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976> Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Rel. Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Publicado em 14 de setembro de 2015. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n. 114.664/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki, 05 de maio de 2015. Publicado em 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8510915>. Acesso em: 18 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental na Ação Penal n. 863/SP**. Rel. Min. Edson Fachin, 16 de agosto de 2019. Publicação em 04 de setembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75071263>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 136.961/RJ**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 de abril de 2021. Publicado em 30 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=d:documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 638.702/SP**. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 09 de março de 2021. Publicado em 15 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100017840&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.535.016/GO**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 02 de março de 2021. Publicado em 08 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901898976&dt_publicacao=08/03/2021. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.582.285/MS**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 09 de agosto de 2016. Publicado em 24 de agosto de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1526630&num_registro=201600436392&data=20160824&peticao_numero=201600187032&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus n. 369.774/RS**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 22 de novembro de 2016. Publicado em 07 de dezembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1550812&num_registro=201602322980&data=20161207&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 613.998/SP**. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 15 de dezembro de 2020. Publicado em 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002433275&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 24 mar. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 635.901/SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, 09 de março de 2021. Publicado em 15 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003454729&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Tema 709**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 439**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 52**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2752%27>. Acesso em: 21 de jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 21**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2721%27>. Acesso em: 21 de jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Criminal. **Habeas Corpus n. 2055141-38.2021.8.26.0000**. Rel. Des. Tetsuzo Namba, 24 de março de 2021. Publicado em 24 de março de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14483235&cdForo=0>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 2103746-20.2018.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2103746-20.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004K0RT0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7%2B1pM0KjkD8ToeFBIZkMBzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvvYkVumHwiFLIYdiOavvR2n01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%27>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Criminal. **Habeas Corpus n. 0237401-35.2012.8.26.0000**. Rel. Des. Paulo Rossi, 20 de março de 2013. Publicado em 08 de abril de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0237401-35.2012.8.26.0000&cdProcesso=RI001IPC20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=8pxtiCODOpFbyo6bQn7kIDbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvWoLjkz3fA4ggmqcTSmyskH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcvdtvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BSkMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0y17K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLPbTzQ%2BMSa9lsPfKpRLw2ripkedCEXuZ%2FLjN7s2R8PQtMJ21EfW6DtXsS4GoxnfBuMT09dZyY%2BM2sYlZ3OXunmUabWzfE9aVF93Tg%3D%3D>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Portaria Conjunta n. 2/2019**, de 22 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Portarias/Portaria002.2019-SaidaTemporaria.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, **Ação Civil Pública n. 5028507-88.2011.4.04.7100**. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/?consulta-processual=1&txtValor=50285078820114047100&selForma=NU&selOrigem=RS&txtDataFase=01/01/1970&pagina=2>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Legislação

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 21 de jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678, 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 de jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007**. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 jul.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 19 de jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Veto n. 56/2019.** Pacote Anticrime. Veto Parcial apostado ao Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – resumo, resenha e resensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação