

A execução penal e a sua (in) compatibilidade com o sistema acusatório

Por Rômulo de Andrade Moreira¹

Resumen: *En el proceso penal brasileño, la ejecución penal comienza de oficio por la autoridad judicial, sin necesidad de provocación del Ministerio Público, de conformidad con los artículos 105 y 147 de la Ley n. 7.210/84, salvo en lo que se refiere a la pena de multa, en vista de lo dispuesto en el artículo 164 de la citada Ley de Ejecución Penal y de la modificación introducida en el art. 51 del Código Penal. La cuestión ahora planteada, normalmente no abordada en los cursos y manuales de ejecución penal, se refiere a la compatibilidad constitucional del proceso de ejecución penal brasileño (especialmente su inicio) con el orden constitucional vigente y, evidentemente, con el sistema acusatorio adoptado por él.*

Palabras clave: Proceso penal brasileño - ejecución penal - autoridad judicial - ministerio público - ley n. 7.210/84 - pena de multa - ley de ejecución penal - código penal - sistema acusatorio

No processo penal brasileiro a execução penal inicia-se de ofício pela autoridade judiciária, sem necessidade de provocação do Ministério Público, nos termos dos artigos 105 e 147 da Lei n.º. 7.210/84², salvo em relação à pena de multa, tendo em vista o disposto no artigo 164 da referida Lei de Execução Penal e a alteração feita no art. 51 do Código Penal.³

² Nada obstante a redação do art. 147, não há registro de requerimento do Ministério Público no sentido de promoção da execução de sentença em relação a pena restritiva de direitos, sendo também neste caso, tal como ocorre com as penas privativas de liberdade, a execução iniciada a partir da expedição da guia de recolhimento para o Juiz da Vara de Execução Penal.

³ O escopo principal da mudança do artigo 51 do Código Penal foi, sem sombra de dúvidas, excluir do nosso ordenamento jurídico (ainda que tardiamente) a injustificável conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade. Com a mudança, e ante a impossibilidade absoluta da odiosa conversão, restou a polêmica, hoje resolvida, a respeito de qual seria o órgão com atribuições para a execução da pena de multa criminal, se a Fazenda Pública ou o Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal, acertadamente, firmou o entendimento que parte legítima será o Ministério Público e apenas subsidiariamente o órgão da Fazenda Pública, superando-se o Enunciado 521 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "*A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.*" Com efeito, na sessão do dia 13 de dezembro de 2018, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal definiu que o Ministério Público é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias, entendendo-se que, por ter natureza de sanção penal, a competência da Fazenda Pública para executar essas multas se limita aos casos de inércia do Ministério Público. O tema foi debatido conjuntamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150, de relatoria do ministro Marco Aurélio, e na 12ª Questão de Ordem apresentada na Ação Penal 470, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. A Procuradoria-

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

Geral da República ajuizou a ADI 3150 pedindo que o texto fosse interpretado de forma a conferir legitimidade exclusiva ao Ministério Público para executar essas dívidas. A União, por sua vez, argumentou que a competência seria da Fazenda Pública. O julgamento foi retomado com o voto do ministro Roberto Barroso, que reafirmou o entendimento apresentado na 12ª Questão de Ordem na AP 470 no sentido da procedência parcial da ADI 3150. Segundo ele, o fato de a nova redação do artigo 51 do Código Penal transformar a multa em dívida de valor não retira a competência do Ministério Público para efetuar sua cobrança. Ele lembrou que a multa pecuniária é uma sanção penal prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “c”), o que torna impossível alterar sua natureza jurídica por meio de lei. Ressaltou, também, que a Lei de Execuções Penais, em dispositivo expresso, reconhece a atribuição do Ministério Público para executar a dívida. Segundo Barroso, o fato do Ministério Público cobrar a dívida, ou seja, executar a condenação, não significa que ele estaria substituindo a Fazenda Pública. O ministro destacou que a condenação criminal é um título executivo judicial, sendo incongruente sua inscrição em dívida ativa, que é um título executivo extrajudicial. Reafirmando seu voto na 12ª Questão de Ordem na AP 470, o ministro salientou que, caso o Ministério Público não proponha a execução da multa no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, o juízo da vara criminal comunicará ao órgão competente da Fazenda Pública para efetuar a cobrança na vara de execução fiscal. “Mas a prioridade é do Ministério Público, pois, antes de ser uma dívida, é uma sanção criminal”, reiterou. Seguiram essa corrente os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (presidente). Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que votaram pela improcedência da ação por entenderem ser competência da Fazenda Pública a cobrança da multa pecuniária. A ação 3150 foi julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 51 do Código Penal, explicitando que, ao estabelecer que a cobrança da multa pecuniária ocorra segundo as normas de execução da dívida pública, não exclui a legitimidade prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na vara de execução penal. A questão de ordem foi resolvida no sentido de

A questão ora suscitada, não enfrentada normalmente pelo cursos e manuais de execução penal, diz respeito à compatibilidade constitucional do processo de execução penal brasileiro (especialmente o seu início) com a ordem constitucional vigente e, evidentemente, com o sistema acusatório por ela adotado.

Ora, sabendo que a Constituição Federal de 1988, no art. 129, I, estabeleceu ser privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, excepcionando-se apenas a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, por força de outro dispositivo constitucional (art. 5º, LIX), parece ser de todo questionável se o início do processo de execução penal, nos termos em que hoje se opera no sistema processual penal brasileiro, coaduna-se com a Constituição Federal e com o sistema acusatório. Em outras palavras, indaga-se: é possível um processo de execução penal iniciar-se de ofício, sem a iniciativa da parte acusadora?⁴ Claro que não, salvo se se admitir, por absurdo, ser possível, à luz da Constituição, uma ação penal **ex officio**⁵.

assentar a legitimidade do Ministério Público para propor a cobrança de multa com a possibilidade de cobrança subsidiária pela Fazenda Pública.

⁴ Não admitimos, como Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Joaquim Canuto Mendes de Almeida a chamada “ação judiciária” que existiria ao lado da “ação da parte”, consistindo, nas palavras de Tucci, “na atuação dos órgãos jurisdicionais, juízes e tribunais, em sua obra diuturna de realização do direito” ou, já na definição de Mendes de Almeida, “no exercício mesmo da jurisdição, de sorte a ensejar a tutela jurisdicional de direito subjetivo material ameaçado ou violado.” (Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 76).

⁵ Observa-se que no Brasil já existiu a chamada ação penal **ex officio**, prevista expressamente no art. 26 do Código de Processo Penal (nunca revogado expressamente) e na **Lei nº. 4.611/65** (só revogada pela Lei nº. 9.099/95), ambos não recepcionados

Efetivamente, soa estranho aos princípios e regras do sistema acusatório que um juiz, de ofício, atue para executar uma sentença condenatória, considerando-se, inclusive, que, em muitos casos, o juiz da execução confunde-se com o próprio juiz da causa quando, por exemplo, há competência única no caso de permissão da respectiva Lei de Organização Judiciária.

Obviamente, a autoridade responsável pela execução penal deve sempre ser um magistrado, mesmo porque o processo de execução penal não mais pode ser visto como de natureza administrativa. É preciso, como afirma Alberto Binder, "judicializar a etapa da execução da pena, de modo que sejam juízes específicos – os chamados 'Juizes de Execução' ou 'de Vigilância Penitenciária' - os que se ocupem de exercer um controle geral sobre a

execução da pena de prisão."⁶ Eis a razão pela qual deve ser rechaçada a opção do legislador alemão ao estabelecer no artigo 451 do Código de Processo Penal alemão, (StPO) que "a execução penal se verificará mediante o Ministério Público como autoridade de execução."

Sim, "judicializar" (para usar a expressão de Binder) a execução penal é fundamental! Estabelecer a ampla defesa, o contraditório, a garantia ao duplo grau de jurisdição, enfim, exigir o devido processo constitucional, exatamente como o processo de conhecimento exige.

É preciso atentar para as lições de Ferrajoli, ao estabelecer as bases do modelo garantista e do "modelo teórico acusatório" que "comporta não somente a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções processuais e os que têm atribuições de postulação – com a conseqüente qualidade de expectadores passivos e desinteressados, reservada aos primeiros como conseqüência da proibição do *ne procedat iudex ex officio* -, senão também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa – estabelecido ao órgão de acusação, com a conseqüente falta de poder algum sobre a pessoa do imputado."⁷ É, por óbvio, o princípio da inércia da jurisdição, inerente também ao sistema acusatório, caracterizado "todo ele pela atitude passiva do julgador", como lembra Aragonese.⁸

Se cabe, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública, caberia ao mesmo órgão estatal

pela Constituição. Dizia a referida lei: "Art. 1.º: O processo dos crimes previstos nos artigos 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal, terá o rito sumário estabelecido nos arts. 531 a 538 do Código de Processo Penal. § 1.º - Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de quinze dias, proceder-se-á a inquérito policial e o processo seguirá o rito previsto no art. 539. § 2.º - Poderão funcionar, como defensores dativos, nas Delegacias de Polícia, como estagiários, na falta de profissionais diplomados e solicitadores, alunos da Faculdade de Direito, indicados pelo Procurador-Geral da Justiça. § 3.º - Quando não for possível a assistência de defensor do acusado na lavratura do auto de flagrante, a autoridade policial é obrigada, sob pena de nulidade do ato, a mencionar, fundamentadamente, essa impossibilidade. Art. 2.º - Verificando-se a hipótese do art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, o juiz dará vista dos autos, pelo prazo de três dias, ao representante do Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, seguindo o processo o rito ordinário." (Publicada no Diário Oficial da União do dia 05 de abril de 1965). Poder-se-ia visualizar uma espécie de ação penal **ex officio** no processo penal brasileiro quando os juízes e tribunais expedem de ofício ordem de habeas corpus, como permite o parágrafo segundo do art. 654 do Código de Processo Penal.

⁶ BINDER, Alberto. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Buenos Aires: Campomanes Libros, p. 107.

⁷ FERRALLOJI, Luigi. *Derecho e Razón - Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 567.

⁸ ARAGONESES, Pedro Alonso. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Gráficas Mesbar, 1976, p. 30.

também dar o impulso inicial, privativamente, à execução da respectiva sentença condenatória. Não faz sentido que se ponha nas mãos do órgão acusador a iniciativa da ação penal e deixe ao órgão julgador a tarefa (absolutamente anômala) de iniciar a execução da pena. Não deixa de ser, de toda maneira, uma atividade de natureza persecutória, vedada pelos princípios que regem o sistema acusatório que, lembrando mais uma vez, "requer do juiz uma atitude passiva", como também adverte Roberto Falcone.⁹

Definitivamente, não parece ter sido esta a vontade do constituinte originário, ainda mais considerando os termos em que estruturou e concebeu o Ministério Público a partir de 1988, nos artigos 127 e seguintes da Constituição. Aliás, especificamente no artigo 129, IX, atribui-se como função institucional do Ministério Público "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade." Ser o titular da ação de execução penal seria incompatível, por exemplo, com o exercício da ação penal pública, a primeira das funções institucionais do Ministério Público?

Para concluir, no Direito Comparado, podemos citar o art. 469 do Código de Processo Penal Português que estabelece competir ao Ministério Público promover a execução das penas e das medidas de segurança. Para tanto, no caso da execução da pena de prisão, "o Ministério Público envia ao Tribunal de Execução das Penas e aos serviços prisionais e de reinserção social, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, cópia da

sentença que aplicar pena privativa da liberdade." (art. 477).¹⁰

⁹ FALCONE, Roberto. *El Principio Acusatorio*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 14.

¹⁰ É bem verdade que na Espanha também a execução penal se inicia de ofício, conforme estabelece o art. 988.II, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.