

Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade?

Alamiro Velludo Salvador Netto

Resumo: O artigo tem como finalidade debater a natureza cogente ou dispositiva das normas de execução penal. Para isso, apresenta um pequeno panorama da noção de programa de execução. Além disso, aborda duas questões concretas da matéria, quais sejam, as implicações da manifestação de vontade do sentenciado e da celebração de acordos de colaboração premiada na eventual alteração da forma de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Palavras-chave: Execução penal. Sistema progressivo. Regime prisional. Normas cogentes e dispositivas. Colaboração premiada.

1 Considerações iniciais

A ciência do Direito, não sem algumas divergências, costuma dividir as normas jurídicas em cogentes e dispositivas (facultativas). As primeiras possuem como elemento central o seu caráter coercitivo e imperativo, ou seja, o seu comando e aplicação concreta não estão vinculados à anuência do sujeito sobre o qual podem recair. São aptas, portanto, a constranger a vontade das pessoas. Já as normas dispositivas, por outro lado, declaram direitos e autorizam condutas. Conferem, nesse sentido, uma faculdade (*facultas agendi*), atribuindo ao sujeito uma possibilidade de atuação, a depender de sua vontade. Pode ser dito que as normas do Direito Privado são tendencialmente dispositivas, enquanto as normas de Direito Penal recobrem-se comumente de um caráter cogente.

Evidentemente que o desenvolvimento das ciências jurídicas, amparado pela crescente complexidade social, não mais permite afirmações absolutas e peremptórias. A própria identificação da natureza sancionatória do Direito Penal e indenizatória do Direito Civil é, atualmente, objeto de algumas controvérsias. Em muitos momentos, as indenizações civis ganham dimensão que vai além do mero ressarcimento do prejudicado, atingindo um nítido viés punitivo. Trata-se da denominada despatrimonialização jusprivatista.⁽¹⁾ A sanção criminal, ao seu turno, para além de seu atributo retributivo/preventivo também assume em alguns casos uma perspectiva indenizatória, a exemplo da prestação pecuniária (art. 45, §1º, do CP) ou dos efeitos da condenação (art. 91, I, do CP).

No plano da pena, em termos gerais, parece possível afirmar sua natureza cogente. Existe um grau de aflição, dor e sofrimento (*malum passionis*) que é imposto ao sujeito independentemente da sua vontade. Essa é, inclusive, a essência da punição como produto da demonstração da força estatal em detrimento daquele sujeito que não observou as regras de comportamento social. Não faria sentido algum, haja vista a própria índole do Direito Penal, que a aplicação concreta do castigo ficasse a depender da aceitação do condenado. Aliás, o desgosto ou a tentativa de evitar, burlar ou mitigar a submissão à pena costuma ser a regra dos sentenciados.

Um ponto importante precisa ser aqui problematizado. Embora seja inquestionável o caráter cogente das sanções criminais, a situação ganha contornos mais complexos quando a

Abstract: The purpose of this article is to discuss the cogent or facultative nature of execution of criminal sanctions rules. For this, it presents a small overview of the notion of execution system. In addition, it addresses two specific issues, namely, the implications of the condemned manifestation of will and the awarding of collaborative agreements in the eventual alteration of the way in which custodial sentences are legally provided.

Keywords: Execution of criminal sanctions. Progressive system. Prison regime. Cogent and facultative rules. Criminal agreements.

pergunta passa a se dirigir não à pena em si mesma, mas à forma de seu cumprimento. Essa questão aparece principalmente no bojo das penas privativas de liberdade, tendo em vista a detalhada estruturação de seu modo de execução, com regimes sucessivos e diferenciados. Poderia o condenado, por meio de manifestação de sua vontade, alterar o plano executório legalmente estabelecido? Em outras palavras, qual seria o limite ou nível de cogência da Lei de Execução Penal? Para tentar responder essa indagação é necessário desenvolver uma compreensão específica do ambiente normativo da execução das penas privativas de liberdade. Além disso, duas situações podem auxiliar a estressar os argumentos. De um lado, o condenado que prefere manter-se em regime prisional mais severo se comparado ao que teria direito. De outro, os acordos penais de colaboração premiada, os quais, a despeito das lacunas legais (art. 4º da Lei 12.850/2013), acabam tantas vezes por barganhar anômalas formas de execução, desnaturando o autêntico sistema progressivo brasileiro.

2 O programa executório

A pena privativa de liberdade tem as suas regras de execução legalmente estabelecidas, valendo-se de um sistema progressivo. Quer isso dizer que, seguindo as iniciais experiências das ilhas coloniais britânicas de meados do século XIX, imagina-se um modelo que, baseado em critérios de tempo e comportamento do apenado, resolve por gradativa e progressivamente devolver-lhe a liberdade. Cuida-se, portanto, de uma sistemática na qual o sujeito paulatinamente galga maiores espaços de liberdade, sempre a valorizar e ensejar um senso de autorresponsabilidade. Nesse sentido, a noção progressiva programa a pena de modo a evitar o perene isolamento celular, superando a ideia originalmente desenvolvida nos Estados Unidos.⁽²⁾

Aliás, a noção de sistema penitenciário traz consigo essa perspectiva de uma pena programada, por meio da qual o Estado articula o trabalho, a restrição de liberdade e a disciplina do condenado com o objetivo de alcançar alguma finalidade, costumeiramente identificada com as metas de ressocialização ou reintegração social do indivíduo. Ao mesmo tempo, essa programação, ao ser alçada ao patamar legislativo, compreende uma genuína faceta de política pública, inspirada por contextos ideológicos que perpassam e margeiam desde sinceros intentos científicistas até vulgaridades e preconceitos do senso-comum.

Seja como for, a execução da pena privativa de liberdade implica e refrata uma razão de Estado, uma dimensão de civilidade e projeto coletivo. Ao que parece, é exatamente esse viés substantivo da execução da pena, entendido como um programa estatal de racionalização do castigo, que outorga ao Direito da Execução Penal toda a sua natureza cogente, sobrepondo-se à eventual vontade do sentenciado. A instituição prisional é um espaço onde opera o poder público, um ambiente total de controle factual e, principalmente, normativo. Em suma, toda a execução penal sempre foi pensada de tal modo que o projeto oficial supere os desígnios pessoais, isto é, a cogência tenda a afastar a dispositividade.

Esse atributo de oficialidade da programação da pena restringe, ao menos no plano intelectual, as hipóteses de construção de um sistema alternativo ou paralelo de execução baseado na voluntariedade do condenado ou em acordos celebrados entre partes do conflito penal. Nota-se aqui uma pretensa rigidez dos modelos, fruto natural da cogência das normas que lhes conformam. Contudo, também é verdade que essa afirmação não afasta por completo alguns espaços de dispositividade. O trabalho principal do jurista reside em encontrar quais são os limites em que operam. Dentro de um ambiente de poder estatal, qual seria a tolerância possível para as individualidades?

3 A voluntariedade do condenado

A primeira possibilidade de tensionamento do ambiente de cogência da execução penal consiste na oposição do condenado à realização do programa legalmente estabelecido. Por motivos óbvios, essa insubmissão do sentenciado apenas gera alguma polêmica jurídica quando destinada a impedir uma situação fática de menor intensidade de castigo. Melhor explicando, não há qualquer complexidade normativa na situação do indivíduo que não quer submeter-se ao castigo mais intenso, eis que, nessas hipóteses, será a ele imposta a pena a despeito de sua vontade. Ainda que queira, por exemplo, permanecer em regime aberto, será compulsoriamente inserido no regime fechado se observados os requisitos e procedimentos para a regressão.

O nó górdio emerge da situação do sentenciado que, tendo a possibilidade de progredir de regime, prefere manter-se naquele outro de maior privação. Essa manifestação de vontade tem a suficiência para satisfazer o anseio próprio ou, ao contrário, haverá aqui também a progressão independentemente da vontade? Evidente que não está aqui em discussão aquelas hipóteses em que a divergência acerca da progressão está pautada por fatores externos, tais como a segurança do apenado, as condições estruturais das unidades prisionais etc.

Não é razoável imaginar que um sujeito que cumpriu a sua pena integralmente possa permanecer, em decorrência de um desejo próprio, preso. Cumprida a pena, satisfeito o título executivo, a soltura do sujeito deverá ser realizada a despeito de sua vontade, inclusive sob a ameaça do cometimento de crime por parte das autoridades públicas que o mantiveram ilegalmente custodiado. O mesmo parece acontecer no tocante à progressão do regime. Conforme já dito, o sistema progressivo consiste na devolução gradativa da liberdade ao condenado, alcançando-se, ao final, a devolução total. No instante em que o sentenciado cumpre os requisitos, objetivos e subjetivos, para a progressão, o Estado não mais possui justo título para restringir

a sua liberdade com aquela mesma intensidade, denotando ser inexorável e compulsória a progressão. Surge nesse prisma um tema de ordem pública, qual seja, o excesso ou desvio de execução, cuja finalidade básica é a “*garantia da efetividade do princípio da legalidade na prática concreta de aplicação da pena*”.⁽³⁾ Dito de outro modo, o condenado não pode manejar com o Estado a sua própria liberdade, transformando a pena pública em exílio pessoal. Outra vez a cogência suplanta a dispositividade.

É preciso dizer, todavia, que ainda assim existem espaços de relevância da vontade do sentenciado na execução. Trata-se daquelas situações em que a obtenção de um direito subjetivo surge condicionado com aceitações onerosas ou assunção de compromissos. Essa ressalva distingue o tratamento a ser dado para as progressões aos regimes semiaberto e aberto. No caso do preso que progride do fechado para o semiaberto, é difícil enxergar aqui a relevância da manifestação da sua vontade, sendo a devolução de parcela da liberdade uma exigência ao Estado. Se para o preso tal situação pode aparentar uma dimensão de direito de progressão, para o Estado ressalta-se um dever inegociável de progredi-lo.

Já no regime aberto, a própria legislação impõe ao condenado a aceitação de compromissos positivos, a exemplo da obrigação de procurar trabalho. Essas fases finais da execução penal, como o ingresso em regime aberto ou a concessão do livramento condicional, exigem maior noção de voluntariedade, destacando um ambiente mais propício à dispositividade na execução. Isso se explica porque o sistema progressivo, na medida em que acentua a devolução da liberdade, faz crescer de modo proporcional a ideia de autorresponsabilidade. Essa responsabilidade do preso não existe sem a premissa de anuência ou aceitação, de tal modo que a evolução da progressividade da pena caminha naturalmente da cogência inicial e plena em direção a maiores margens de dispositividade.

4 Acordos penais

Outro foco de afetação ao programa oficial de execução da pena advém dos acordos de colaboração premiada, imaginando-se a hipótese de ser o sistema de execução objeto da tratativa entre as partes. Não há dúvidas de que a forma de execução da pena pode significar algo bastante valioso no momento das negociações, eis que, afinal, um ajuste no modelo executório pode implicar sensível diminuição do grau de dor e de sofrimento que a sanção carrega consigo. Por isso mesmo, sob o plano prático e forense, acordar o programa de execução interessa a todos, seja ao órgão acusador, que cede algo cobiçado em função da contrapartida, seja à defesa que, em último grau, minora o flagelo do cliente.

Ocorre que esses acordos de colaboração que alcançam o programa de execução são feitos, ao menos no Brasil, totalmente à margem da legalidade. Explicitamente, a única menção da lei ao tema da execução penal consiste na possibilidade de ter o réu colaborador a progressão de seu regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Essa hipótese, aliás, apenas se aplica àquele que assumir a condição de colaborador após a sentença condenatória, nos termos do art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013.

Dada essa ausência de solução legal para a matéria, o debate reside na possibilidade de acordos de colaboração

substituírem o programa executório oficial do Estado, o qual traz consigo uma finalidade principiológica para a sanção penal, independentemente da individualidade do sentenciado. A tendência de resposta dessa questão passa pela reafirmação da execução penal como um ambiente de cogência e legalidade, não havendo espaço possível para a elaboração particular de um estatuto específico para o caso concreto. Inexiste qualquer óbice das partes negociarem, por exemplo, o regime inicial de cumprimento, providência que nos procedimentos contenciosos é tarefa do magistrado na confecção da sentença. O que parece ser inadmissível é a criação de regimes diferentes, alteração da ordem e da lógica de progressividade, modificação dos prazos e requisitos etc.

De modo bastante direto, os acordos de colaboração premiada não têm o condão de criar um autêntico e diferenciado estatuto jurídico do recluso, a ponto de ser estabelecida uma categoria normativa própria de condenados para a execução da pena privativa de liberdade. Outra vez aparece aqui ressaltado o marco de cogência na execução penal.

5 Algumas palavras finais

O tema da natureza das normas da execução penal, se cogentes ou dispositivas, merece um profundo e detalhado estudo por parte da academia. Em que medida as manifestações de vontade dos sentenciados, ou a celebração de acordos penais pelas partes, podem implicar a reformulação do programa oficial de cumprimento de pena privativa de liberdade é, sem dúvida, uma discussão aberta.

Essa polêmica, inclusive, navega pela difícil compreensão doutrinária a respeito da natureza e contornos precisos do conceito de direito subjetivo na execução penal. O exato alcance dessa expressão, principalmente em decorrência de poucas problematizações, acaba por ser identificado com a sua visão

geral e privatista, algo incapaz de lidar bem com as nuances e peculiaridades da execução. O direito subjetivo na execução, ao que parece, é muito menos uma faculdade jurídica e muito mais uma cláusula de proteção do condenado em face do Estado. É uma salvaguarda de excessos e um escudo à ilegalidade.

Além disso, tendencialmente a execução desenvolve-se como um espaço de cogência, refletindo um estágio de compreensão da experiência punitiva e demarcando os próprios limites e convicções civilizatórias de determinada sociedade. A pena e sua execução são institutos públicos por excelência, fator que limita seus espaços de dispositividade e consensos. Em algumas tarefas, de tão graves e importantes, o monopólio estatal não se restringe ao seu exercício, mas atinge a integralidade de seus valores e normas. Com isso não se quer afastar, por óbvio, toda e qualquer relevância da voluntariedade na execução, mas simplesmente ressaltar que esse é o ambiente onde certamente mais reluz as noções de razão de Estado e de imperatividade do Direito.

Notas

- (1) PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 151.
- (2) SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 66.
- (3) Idem, *ibidem*, p. 340.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Titular do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da USP. Advogado.

ORCID: 0000-0002-4750-9352

alamiro@avsn.com.br

Recebido em: 10.10.2019

Aprovado em: 10.10.2019

Versão final: 14.10.2019

É preciso um *plea bargain* tropical?

Rodrigo de Oliveira Ribeiro

Resumo: O artigo analisa brevemente os efeitos negativos do acordo de vontades no processo penal e os possíveis impactos da implementação do *plea bargain* em uma sociedade caracterizada por um elevado desequilíbrio econômico e de infraestrutura.

Palavras-chave: Acordo penal. Vício de consentimento. Desigualdade social.

Muito já se falou sobre o *plea bargain* ou acordo de vontades no processo penal. A tentativa de implantá-lo no nosso sistema não é nova. Em 2010 tivemos o Projeto de Lei 8.046 que visava a implementar um Novo Código de Processo Penal. Mais recentemente, o ministro da Justiça Sérgio Moro apresentou uma nova tábua *anticrimes* repisando a proposta: em um momento no qual levantamento⁽¹⁾ da Associação dos Magistrados do Brasil aponta que 89% dos juízes e desembargadores concordam com a importação do instituto.

Abstract: The article briefly analyzes the negative effects of the *plea bargain* and the possible impacts of the implementation of that rule in a society characterized by a high economic and infrastructure imbalance.

Keywords: *Plea Bargain*. Defects of consent. Social inequality

É antiga a discussão sobre o abuso do acordo de vontades imposto a inocentes nos Estados Unidos. Naquele país, 95% de todas as condenações são obtidas assim. O abuso do mecanismo (que seria econômico, rápido e pragmático, ainda que em violação ao *fair trial*) provoca muitas das vezes sua aceitação por inocentes, extorquidos diante da perspectiva de um julgamento injusto e uma penalidade maior.⁽²⁾

A melhor forma de se garantir a impunidade ao agente de um crime sempre foi inculpar a uma terceira pessoa; em