



LETRAS Jurídicas

Apresenta:

Artigos Jurídicos

**Autor: Bruno Joviniano de
Santana Silva**

Este texto é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da Editora Letras Jurídicas.

Resumo:

O presente artigo aborda a relevância da emissão de cálculo de pena anual e os instrumentos viáveis para compelir a sua elaboração.

Levanta-se os diversos instrumentos aptos a à feitura de cálculo de pena e correntes doutrinárias favoráveis e divergentes ao manejo destes. Firma-se que inexistente petição vinculada na execução penal, podendo o apenado/defensor/órgão de execução penal/terceiro interessado valer-se de diversos instrumentos para ter seu benefício apreciado, inclusive, até mesmo o juiz, de ofício, pode determinar a elaboração de cálculo de pena, inexistindo monopólio do *jus postulandi*, como forma de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça.

Conclui-se que é necessário evitar a supressão de instância devendo-se, assim, provocar o juiz de primeira instância, antes de aviar eventual recursos ou ação mandamental ou constitucional.

Palavras chaves: instrumentos, recursos, petição, execução penal, atestado, cálculo, elaboração, atualização, recurso, mandado.

INSTRUMENTOS JUDICIAIS PARA EXIGIR A ELABORAÇÃO DE CÁLCULO DE PENA.

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA- DEFENSOR PÚBLICO. PÓS GRADUADO EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE ANHANGUERA UNIDERP.

Como já foi exposto alhures, o cálculo de pena é forma mais equilibrada e democrática de acompanhamento da execução, pois todos os atores, inclusive, o principal protagonista, o apenado, podem ter pleno conhecimento dos limites e extensão da execução penal, para fins de eventuais manifestações. Destarte, sem tal documento, a execução da pena fica bastante prejudicada, o que afronta a dignidade da pessoa humana, princípio magno, reitor das relações jurídicas, já que, não há direito, sem sujeito.

Questão palpitante é saber qual instrumento judicial que deve ser manejado para se obter a elaboração de cálculo.

O cálculo de pena deve ser elaborado, de ofício, anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judicial. Todavia, nas hipóteses em que este não for elaborado no prazo legal, inaugura-se a dúvida sobre a medida judicial adequada para se elaborar o cálculo de pena.

Na esfera normativa da execução penal, tem-se alguns instrumentos de provocação jurisdicional. São eles: simples petição, agravo de execução e excesso ou desvio. Vejamos:

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. (LEP)

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

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

....

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; (LEP)

Cabe pontuar que inexistente petição tarifada na execução penal, podendo o apenado valer-se de diversos instrumentos para ter seu benefício apreciado. Diga-se, de passagem, que o juiz, até mesmo de ofício, pode decidir em favor do apenado. Na verdade, o reeducando, por simples requerimento manuscrito, pode se dirigir ao magistrado, ou a qualquer autoridade da execução penal. Inexistente monopólio do *jus postulandi*, como forma de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça.

Afirmo ainda, que a legitimidade para se postular o cálculo de pena é ampla, não se restringindo ao apenado, defensor, mas a qualquer órgão de execução penal, terceiro interessado (familiares), por se tratar de matéria de ordem pública e interesse da execução penal.

Como se vê, tem-se a simples petição, que pode ser encaminhada diretamente ao magistrado. Existe, também, o incidente

de excesso ou desvio, nos termos do art. 185 e 186 da LEP, que tem cabimento, quando algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Há, também, o agravo de petição, modalidade recursal que pressupõe uma decisão contrária ao interesse do apenado. Nesse caso, tem-se uma questão, qual seja, se não houver decisão negando a elaboração de cálculo de pena, ainda assim, caberia tal modalidade recursal?

Noutro falar, a simples inércia em elaborar o cálculo pode ensejar a interposição deste recurso, isto é, a ausência de decisão do juízo, em relação à matéria, mesmo após provocado por simples petição, ou por incidente de excesso e desvio pode ensejar o aviamento do agravo de petição?

Creio que seja possível equiparar a inércia judicial, a atuação positiva de denegação, apta a ser guerreada por agravo de petição. Na verdade, trancar as portas processuais para uma situação de flagrante ilegalidade seria vilipendiar os princípios da individualização da pena, progressividade de regime e dignidade da pessoa humana. O formalismo deve se render à razoabilidade e a primazia da realidade que externa um cenário caótico nas unidades prisionais do país.

Há, também, na prática forense os ofícios dos demais órgãos de execução, bem como dos Diretores de Unidades Prisionais que podem solicitar a elaboração ou atualização de cálculo de pena.

Outrossim, constata-se a utilização do *habeas corpus* e mandado de segurança.

Caberá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

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.

Há decisões que não aceitam o mandado de segurança como via de impugnação para fins de elaboração/atualização do cálculo de pena, pois o atestado de pena a cumprir vincula-se estritamente ao direito de locomoção do apenado sendo, pois, o caso de *habeas corpus*, que finalisticamente se atrela a razão de ser do cálculo de pena, qual seja, possibilitar a verificação de projeções de benefícios e o término desta, quando então, o apenado estará livre de restrição penal.

Segundo esse pensamento, o mandado de segurança tem caráter subsidiário, em face do *habeas corpus*, em se tratando de liberdade ambulatorial não podendo ser, nesses casos, sucedâneo do HC.

Em que pese tal corrente doutrinária, mais uma vez, a formalidade superou a razoabilidade. O que se prega aqui não é atecnia, ou incentivo ao erro grosseiro. Busca-se a efetivação de direitos fundamentais postergados e olvidados. Indo ao cerne da questão, será que em todo caso de pedido de elaboração de cálculo de pena estará em jogo o direito de locomoção? Suponhamos que um apenado primário que cumpre pena de 20 anos, por delito hediondo,

cometido após 2007, a progressão será, após o cumprimento de 2/5 do total da condenação, e só está preso por 5 anos. Será que o direito ambulatorial está em jogo? Óbvio que não.

A situação é que a ausência de cálculo de pena anual é flagrante ilegalidade, manifesto abuso de poder e, portanto, pode ser combatida, mediante mandado de segurança. Na execução penal, o conceito de liberdade ambulatorial deve ser compreendida, sob a ótica do princípio da progressividade, que numa concepção mais dilatada abrange não apenas a progressão de regime, mas também, a concessão de outros benefícios (saída temporária e livramento condicional, dentre outros). Logo, furtar o apenado desses benefícios, ilegitimamente, em razão da ausência de cálculo de pena, deve, também, ser fustigado pelo mandado de segurança. Deve-se adotar, assim, um pensamento mais liberal.

Aduzo ainda, que este pensamento restritivo não se sustenta, pois corriqueiramente, na seara penal, o mandado de segurança é manejado para questionar supostos atos ilegais, tal como ocorre da decisão que não recebe a denúncia, caso seja esta esteja calcado em fundamentos absurdos, exalando, portanto, ilegalidade; da decisão que admite ou não assistente de acusação, caso se vislumbre manifesta ilegalidade, ou falta de razoabilidade nos seus fundamentos, embora o CPP afaste a possibilidade de recurso, mas não expressamente, impeça o uso do mandado de segurança, que não é recurso; da decisão que decreta a suspensão do processo por prejudicialidade externa obrigatória, caso se constate ilegalidade ou falta de razoabilidade na decisão.

Outra matéria palpitante sobre o tema, diz respeito ao prazo para impetração do mandado de segurança, ação mandamental constitucional, que não se confunde com modalidade recursal.

Suponhamos um caso, em que o apenado tenha sido condenado a 20 anos de reclusão, cumprindo pena, há aproximadamente 6 anos, sem nunca ter recebido atestado de pena a cumprir. Nesse caso, caberia a interposição de mandado de segurança? Qual seria o termo *a quo*, para fins de verificação do lapso decadencial do *writ*? Respondo.

O direito posto em jogo é fundamental afastando-se, assim, os influxos de prazos prescricionais, decadenciais ou extintivos sendo, pois, a medida pleiteada instrumento adequado para se guerrear situações abusivas e ilegais que se protraem e se renovam no tempo.

A perpetuação da omissão apontada, isto é, a inércia autoriza o manuseamento desta via.

Havendo a repetição cotidiana da omissão apontada, o prazo para a impetração do *writ* se renova a cada dia. Além do mais, em se tratando de direitos fundamentais, não há que se falar em prescrição/decadência, pois o direito à individualização de pena é insuscetível a renúncia e extinção, sobretudo quando quem pratica de cerceamento de direito são terceiros, pior o próprio Estado. Pensamento contrário, consiste em aceitar que o Estado, pela sua inércia, fulmine interesse alheio.

Outras decisões, a despeito de rechaçarem a utilização do mandado de segurança, em razão do princípio da fungibilidade, terminam por conhecê-lo, como *habeas corpus* e apreciam o pedido, como se este houvesse sido interposto, ou até mesmo, não conhecem o

mandado de segurança, mas concedem o pedido, de ofício, técnica bastante salutar, pois não perpetua a situação de irregularidade, a despeito da dúvida recursal objetiva, ou até mesmo erro grosseiro. Na seara penal, prima-se muito mais pelo direito material e situação em jogo, do que pelo purismo metodológico, ou formalismo exacerbado.

Sem dúvidas, antes de se recorrer a instância *ad quem*, deve-se esgotar todos os meios na instância *a quo* para se obter a elaboração de cálculo de pena, forte instrumento de reinserção social, inclusive audiência pessoal com o magistrado solicitando a elaboração/atualização de cálculo de pena.

Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: 2007, Vol. 1.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

DELMANTO, Celso. e outros. Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, Rene Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 5. Ed. São Paulo: RT, 2010.

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução Penal. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei nº 12.016/09 e o mandado de segurança em matéria criminal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano

14, n. 2236, 15 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13336>>. Acesso em: 29 maio 2015.

MIRABETTI, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 18 ed. São Paulo. Atlas, 2001.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável. 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. 7ª edição. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 1988.

JAKOBS, Günther, e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas. 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



LETRAS
Jurídicas