

A JURISDICIONALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL — O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JR.

Juiz Criminal em São Paulo. Membro do IBCCrim
e da Associação Juízes para a Democracia

1. Introdução — 2. A natureza jurídica da execução criminal: 2.1 Atividade administrativa ou preponderantemente administrativa; 2.2 O encaminhamento da tese jurisdicionalista; 2.2.1 Ciência penitenciária e Direito de Execução Penal; 2.2.2 Os novos rumos do direito processual; 2.2.3 O constitucionalismo — 3. A jurisdicionalização: 3.1 Bases legais; 3.2 Bases constitucionais; 3.2.1 Princípio da legalidade; 3.2.2 Individualização da pena; 3.2.3 Dignidade da pessoa humana e humanidade da pena — 4. Processo de execução jurisdicionalizado?: 4.1 Lei e realidade; 4.2 Instituição total?; 4.3 Centralização de controles; 4.4 Contraditório e ampla defesa; 4.5 Direito de defesa — oitiva do condenado; 4.6 Direito à defesa técnica; 4.7 Controle Administrativo; 4.8 Penas ilícitas — 5. Conclusão.

1. Introdução

Em recente reportagem na imprensa de São Paulo a respeito de presos com curso superior que cumpriam suas penas no sistema penitenciário paulista, um deles, advogado, entrevistado, fez a seguinte incômoda afirmação: "Quando eu sair daqui vou voltar para a universidade e fazer mestrado. Minha tese vai ser sobre o desrespeito do Poder Judiciário com os direitos do preso".¹

A partir desta tão significativa manifestação de um preso, poderíamos dar início às considerações sobre a jurisdicionalização da execução penal e, por consequência, sobre o papel do Judiciário neste processo.

A questão da natureza jurídica da execução penal já deu ensejo a muita

controvérsia, havendo a respeito, basicamente, duas correntes doutrinárias: a administrativista, a que poderíamos chamar de administrativista mitigada e a jurisdicionalista.

2. A natureza jurídica da execução criminal

2.1 Atividade administrativa ou preponderantemente administrativa

Para a primeira corrente há apenas atividade administrativa na execução da pena.

Historicamente, esta posição se firmou tanto na dogmática desenvolvida pelos processualistas italianos, como naquela cultivada pelos juristas-penalistas.

De seu lado, os juristas-penalistas, preocupados primordialmente com a teoria do delito, sempre se descuraram da execução da sentença penal, como se a atividade jurídica se encerrasse com

1. "Detenção 'abriga' bacharéis e políglotas", em *Folha de S. Paulo*, Caderno São Paulo, p. 10, 10.4.94.

a condenação. A pena, mesma, foi relegada a um segundo plano.² Tal concepção, que ressaltava existir na execução da pena mera relação especial de poder — hierarquizada e fora dos controles de legalidade — entre a administração penitenciária e o preso, pela qual este se submetia integralmente àquela, dominou grande parte da história do direito. Isto ocorreu apesar de ser também histórica a intervenção do juiz na execução da pena e disseminadas as legislações que atribuíam a ele a obrigação de visitar as prisões e exercer uma atividade fiscalizadora da regularidade do desenvolvimento do processo de execução.³

Os processualistas, por outro lado, especialmente os italianos, de início firmados na teoria administrativista — ao contrário dos alemães que já sustentavam a jurisdicionalidade da execução penal, a partir do brocardo latino *jurisdictio sine executione esse non potest* — foram evoluindo para uma corrente intermediária pela qual se acreditava fosse a execução penal preponderantemente administrativa, mas com jurisdicionalidade episódica, nos chamados incidentes da execução.⁴

2. Cf. René Ariel Dotti, "A Lei de Execução Penal — Perspectivas fundamentais", em RT 598/275.

3. Diz Alberto Silva Franco, com apoio em Anabela Miranda, que para a mencionada doutrina, na execução da pena não há mais que um "espaço vazio de direito", uma relação especial de poder que significava "uma concepção de discricionariedade, como um domínio da não legalidade, como um mundo em que a Administração só presta homenagem aos imperativos da conveniência e oportunidade", incompatível com uma estrutura constitucional que se define como a de um "Estado de Direitos Fundamentais" (*A Jurisdicionalização da execução penal — breves anotações sobre a Lei 7.209/84*, Saraiva, 1986, p. 99).

4. Cf. José Marcos Marrone, "Há jurisdição da execução penal?", em *Justitia* 116/88; Júlio Frabbrini Mirabette, *Execução Penal*, Atlas, 1993, p. 41.

Para eles, a atividade do juiz, ainda que existente, na fiscalização da atividade cotidiana de execução da pena e controle dos atos dos responsáveis pelo sistema penitenciário, era meramente administrativa; somente se tornava jurisdicional incidentalmente. O argumento básico — extraído das teorias que firmaram conceitualmente o Direito Processual — era o de que na execução se submete o indivíduo, condenado por sentença transitada em julgado, de forma autoritária, não havendo, assim espaço para o que se entende por jurisdição. Entendia-se que o condenado se sujeita integralmente ao sistema provido pelo Estado-Administração, representado pela administração penitenciária, em que atua como promotor da execução o Ministério Público, sem margem a que se introduza a vontade jurídica daquele.⁵

Só quando surgisse o conflito jurídico bem definido, entre o interesse do Estado e o do preso, o juiz deveria intervir, decidindo, aí sim, o incidente, episodicamente.

Deste pensar, os processualistas Giovanni Leone, Chiovenda e, entre nós, Hélio Tornaghi.⁶

5. Por isto se diz haver execução forçada, que independe da vontade do sentenciado, ao contrário da execução civil em que o executado pode se opor à pretensão ou ficar inerte, importando, pois, sua vontade (cf. Silvio Ranieri, *Manuale de Diritto Processuale Penale*, 1965, pp. 479-488).

6. Cf. José Marcos Marrone, artigo citado, pp. 88-91. Chiovenda, aliás, muito influenciou o meio jurídico brasileiro nesta questão, chamando a atenção para o caráter substitutivo da vontade das partes que caracteriza a jurisdição, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução. Não havendo tal característica na execução penal, em que se tem uma vontade que só pode ser exercitada pelos órgãos públicos, entende ele, não se pode falar em jurisdição (cf. Antonio Scarance Fernandes, "Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado", em *RBCCrim* 3/83, jul.-set./93).

2.2 O encaminhamento da tese jurisdicionalista

Diversos caminhos trilhados pela doutrina, no Direito Penal, no Direito Processual Penal e no Direito Constitucional, convergiram para a moderna jurisdicionalização do processo de execução da pena.

Sem pretensão sistemática, os caminhos, pela significância que adquiriram tais temas, modernamente, poderiam ser traduzidos em: 1) desenvolvimento da Ciência penitenciária e do Direito Penitenciário, com autonomia científica; 2) novos rumos do processualismo a partir de um entendimento do processo enquanto instrumento de realização de justiça; 3) demanda por efetividade da ordem constitucional e por proteção concreta aos direitos fundamentais, que devem ser mais que ornamentos de uma ordem apenas formalmente democrática para adquirir uma dimensão promocional, própria do direito moderno, numa relação dialética com os fatos sociais.

2.2.1 Ciência penitenciária e Direito de Execução Penal

O desenvolvimento da Ciência Penitenciária, especialmente a partir das reflexões sobre a finalidade da pena — que passou a ser encarada não apenas enquanto prevenção e retribuição pelo delito, mas, enquanto meio pelo qual se busca a reintegração do condenado à sociedade —, em tempos muito recentes, constituiu importante fator de encaminhamento da tese jurisdicionalista da execução penal.

Dele surgiu, com autonomia científica — depois legislativa e jurídica —, o Direito Penitenciário ou Direito de Execução Penal, cujo conteúdo é o conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade,

abrangendo, por conseguinte o regulamento penitenciário.⁷

Convém notar, num breve parêntese, que no Brasil o já mencionado alheamento dos juristas-penalistas com relação à jurisdição da execução provocou sucessivos adiamentos da criação de uma lei nacional de execuções penais. Mas a falta de um diploma próprio à disciplina de um Direito de Execução Penal (ou Direito Penitenciário) não impediu o desenvolvimento cada vez maior dos conceitos próprios dele, especialmente à medida em que os problemas prisionais foram se tornando mais graves. Várias moções, em seminários e congressos deixaram clara a necessidade de se reformular o ultrapassado sistema de cumprimento de penas que existia, criando uma lei que orientasse toda a política penitenciária do país, adequado-a aos novos conceitos de execução penal do mundo moderno.⁸

A questão da superpopulação carcerária e a verdadeira falência do caótico sistema penitenciário foram objeto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada na Câmara dos Deputados

7. No Brasil, segundo relata Julio Fabbrini Mirabette, os primórdios de tal Direito Penitenciário já estavam na primeira Constituição, de 1824, na qual o art. 179 enunciava como deviam ser as cadeias — limpas e bem arejadas, com separação por categorias de réus —, além de proscrever as penas cruéis — açoites, tortura e outras. E as Constituições seguintes sempre lembraram que a União deveria editar “normas gerais” ou “normas fundamentais” sobre regime penitenciário (ob. cit., pp. 30-31).

8. A este respeito: René Ariel Dotti, *A Lei...*, art. cit.; Júlio Fabbrini Mirabette, ob. cit., p. 30; “Conclusões do V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Revista de Direito Penal”, S. Paulo, fev./75; *Moção de Nova Friburgo*, extraída do “I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários”, mar./91; *Moção de Goiânia*, do “Seminário de Direito Penal e Criminologia”, set./93.

em 1975. Neste passo, a reserva da prisão a delinquentes mais perigosos, por um critério de necessidade, e o incentivo da adoção da prisão albergue ditaram reformas, como as introduzidas pela Lei 6.416/77. Por esta, a matéria da execução penal ainda era vista sob o prisma do preconceito, a partir de interpretação de dispositivo da Constituição Federal então vigente: entendia-se que a União só podia editar normas gerais sobre o regime penitenciário (art. 8.º, XVII, c, daquela).

Com a delegação de matérias de grande importância no âmbito da execução as leis locais e provimentos do Conselho Superior da Magistratura ficaram evidenciadas as contradições e defeitos de um sistema em que os direitos do preso se apresentavam enquanto concessões do juiz. O deferimento de determinado benefício — este próprio nome imposto pela tradição bem o revela — constituía muito mais uma faculdade do Estado, representado pelo Judiciário, que um direito individual do sentenciado.

Não havia muito espaço, diante disto, para um alargamento conceitual do conteúdo do princípio da legalidade, tal como adiante veremos.

A crise decorrente de tal descompasso entre a realidade dos cárceres e a legislação concebida, acabou deixando mais evidente a existência de um ramo particular do Direito, o da Execução Penal e a necessidade de uma lei específica.

2.2.2 Os novos rumos do direito processual

Por outro lado, a contribuição dos processualistas à sustentação da tese administrativista foi diminuindo na exata medida em que o Direito Processual se firmou como ramo do saber jurídico. Conforme lembra Antonio Scarance Fernandes, fixados seus conceitos, feita a sistematização e diferenciação dos institutos, distinguir atividades administrativas

das jurisdicionais deixou de ser preocupação do moderno Direito Processual.⁹

Os processualistas voltaram sua atenção, nesta nova fase, para a atuação concreta do direito, desenvolvendo conceitos hoje tão caros, que têm a ver com a instrumentalidade e deformalização do processo. Romperam, em verdade, com um certo purismo infecundo, baseado, inclusive, na dogmática clássica da tripartição de poderes do Estado, de Montesquieu, em que a atividade administrativa é vinculada ao Executivo e a jurisdicional, ao Judiciário.¹⁰

Sendo o poder uma “inerência do Estado”, como diz Cândido Dinamarco, a jurisdição passou a ser encarada apenas “uma expressão” de tal poder.¹¹

O desenvolvimento de tal linha da processualística veio ao encontro das concepções do processo enquanto garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, conectando-se com o constitucionalismo.

9. Antonio Scarance Fernandes, “Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado”, em *RBCCrim* 3/83, jul.-set./93.

10. Segundo René Ariel Dotti, “a concepção de que a execução penal tem natureza puramente ou prevalentemente administrativa radica na concepção política e jurídica em harmonia com a distinção entre os momentos da cominação, da aplicação e da execução como correspondentes aos Poderes do Estado, segundo a clássica tripartição de Montesquieu” (*A Lei...*, art. cit, p. 278).

11. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do Processo*, RT, 1987, p. 160. De fato, no Estado moderno, o tradicional conceito de tripartição de poderes, independentes e harmônicos, se tornou insuficientes à realização da democracia. Hoje é clara a noção de que o agir do Estado, por seus poderes formais, se manifesta, basicamente, preenchendo duas funções: de governo e de controle deste. E a fiscalização da atividade pública não é exclusividade da classe política, dela devendo participar a sociedade civil (cf. Dyrceu A. D. Cintra Jr., “O Poder e seu controle”, em *Folha de S. Paulo*. 23.3.94).

2.2.3 O constitucionalismo

Como observa com precisão Alberto Silva Franco, “a inevitável tensão dialética entre o cidadão, que pretende preservar o exercício do seu direito de liberdade, e o Estado, que objetiva atuar o poder punitivo, demanda que se coloque de permeio um órgão que se imponha, com autoridade, a um e a outro. É portanto incumbência da jurisdição gerenciar este conflito e dar-lhe solução, através do devido processo legal. O princípio da legalidade adquire, então, uma dimensão processual de que não pode liberar-se, já que o processo compartilha do núcleo essencial do próprio direito à liberdade pessoal”.¹²

Todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição têm por suporte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CF) e é pelo processo — e o de execução da pena não pode fugir à regra — que se garantem aqueles, quando se trata de proteger o *status libertatis* do cidadão.

A aplicação de cada garantia a direito fundamental não pode se afastar, pois desta ótica.

Não apenas no processo penal, mas em toda a atividade de execução da pena individualizada na sentença, há sempre, um conflito de interesses que, além do mais aparente conflito entre dois sujeitos — o Estado de um lado e o cidadão titular do direito individual específico do outro —, é, acima disto, um conflito que se esboça dentro do próprio Estado. Se por um lado o Estado tem todo o interesse em impor uma sanção e executá-la, por outro não deixa de ter interesse na preservação do *jus libertatis* do cidadão, relacionado a diversos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República.

12. Alberto Silva Franco, *A jurisdição... ob. cit.*, pp. 97-98.

Daí a tendência, na moderna doutrina, da completa jurisdicionalização do processo de execução penal, que tem se refletido na legislação de vários países,¹³ conferindo ao Poder Judiciário papel importante e central na questão da execução da pena.¹⁴

A este propósito, José Eduardo Goulart levanta a importante questão da aplicação e do âmbito do princípio da legalidade na execução penal quando se investiga o problema da limitação dos direitos do condenado em virtude de sua situação jurídica, que por vezes abre margem ao arbítrio. Afirma que a enumeração dos direitos do condenado feita

13. Por exemplo: a Lei Penitenciária Nacional da Argentina, de 1958; Código de Execução de Penas, da Polônia, de 1969; Normas sobre o Ordenamento Penitenciário, da Itália, de 1975; Lei Geral Penitenciária, da Espanha, de 1979. Segundo René Ariel Dotti, “não se trata, porém, de uma legislação contendo somente as já rotineiras proclamações otimistas sobre os direitos do preso, p. ex. Os diplomas específicos para regular o procedimento penal executório são também providos de regras e mecanismos que procuram garantir a tutela judicial de modo permanente e eficaz” (*A Lei...*, art. cit., p. 281).

14. Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Natureza jurídica da execução penal”, em *Execução Penal*, Max Limonad, 1987, pp. 5-13.

Em outra obra, ainda, a citada professora enfatiza que o preso “há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus. O réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas ao réu as garantias constitucionais do devido processo legal: o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual” (“Execução Penal e direito de defesa”, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 35/101-110).

em lei se refere aos direitos mínimos, vinculados à aplicação da sanção, cuja proteção pode ser feita pela utilização de remédios jurídicos cabíveis como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança; não se admite, por violadora do princípio da legalidade, qualquer restrição a eles nem mesmo “sob o propósito de assim se fazer atender a objetivos preconizados pela execução penal”. E conclui que o procedimento previsto nos arts. 185 e 186 da Lei de Execução Penal se destina “a obviar os inconvenientes originados do excesso ou desvio na execução da pena, a ser processado perante o juiz da execução, com recurso da decisão proferida aos Tribunais superiores”.¹⁵

3. A jurisdicionalização

3.1 Bases legais

A partir da edição da Lei 7.210/84, não há mais dúvida quanto à jurisdicionalidade do processo de execução entre nós.

O art. 1.º da LEP fixa o conteúdo jurídico da execução penal, esboçando a autonomia científica do Direito de Execução Penal (ou Direito Penitenciário, ou Direito Penal Executivo), que vem reconhecida na própria exposição de motivos da lei.

O art. 2.º deixa claro tratar-se atividade de “jurisdição” e “processo” (= instrumento da jurisdição).

Depois, o art. 66 detalha a competência do juiz da execução, não exaurindo, porém o elenco de hipóteses, havendo outras na própria Lei de Execução, no Código Penal e de Processo Penal, e as demais que poderão surgir em decorrência da sistemática que faz do juiz o garante dos direitos individuais do preso.

15. José Eduardo Goulart, *Princípios informadores do direito da execução penal*, RT, 1994, pp. 93-95.

No mesmo sentido o art. 194 fixa que “o procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução”, declarando, assim, o princípio *nulla poena sine processu* e a jurisdicionalização contínua.¹⁶

Outrossim, o art. 38 do CP, com a redação da Lei 7.209/84, expressa na legislação ordinária, o princípio da legalidade da execução da pena (art. 153, § 16, da CF então vigente e art. 5.º, XXXIX, da CF/88) e o princípio da humanidade da pena (art. 153, §§ 11 e 14, daquela e art. 5.º, XLVII e XLIX da CF/88).

Claro está que a intervenção do juiz na execução da pena é sempre jurisdicional e ampla, intermediando desde o nascedouro, como sujeito imparcial da relação jurídica, o conflito entre o Ministério Público — que representa os interesses do Estado-Administração em executar a condenação — e o condenado, que são as partes.¹⁷

16. Cf. Julio Fabbrini Mirabette, ob. cit., p. 455; René Ariel Dotti, *A Lei...*, art. cit., p. 280.

17. Sobre o assunto, v. a Súmula 44 das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP: “Como em todo processo, entendido como relação jurídico-processual tríplice, o processo de execução penal é processo de partes, que assegura ao sentenciado as garantias do ‘devido processo legal’, decorrentes diretamente da Constituição, mesmo no silêncio dos Códigos”. Também a Súmula 85: “São garantias plenamente aplicáveis ao processo de execução penal, como decorrência dos princípios constitucionais do ‘devido processo legal’, ainda que a lei processual não assegure expressamente a igualdade, ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade”. A respeito do assunto, ainda, o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que o direito do Estado à restrição da liberdade do condenado já nasce sob a jurisdição, ou seja, “gravado pelo encargo dos juízes e tribunais” (*Liberdades Públicas e Processo Penal*, Saraiva, 1976, pp. 29-30).

O processo de execução da pena, desenvolvendo-se como devido processo legal perante o juiz especializado, com o contraditório e ampla defesa, passou a ser, legalmente, necessário à imposição da pena, vivificando, além do já dito, também os princípios do art. 5.º, LIV, da CR — segundo o qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” — e do art. 5.º, XXXV, daquela — pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

3.2 Bases constitucionais

A referência à Lei Maior faz lembrar que entre nós as bases principais da afirmativa de que o processo penal é — ao menos na lei — integralmente jurisdicionalizado estão em 2 princípios constitucionais: o princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5.º, XXXIX da CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5.º XLVI da CF).

Além disto, a jurisdicionalização é exigência ligada — ainda mais que ao tempo da promulgação da Lei 7.210/84, anterior à Constituição de 1988 —, também à humanização da pena, com proibição da crueldade, trabalho forçado ou perpetuidade (art. 5.º XLVII da CF) e a um elenco de garantias constitucionais ligadas: ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5.º, XLIV da CF); à necessidade de se distinguir os estabelecimentos em que os sentenciados cumprem penas, de acordo com a natureza do delito, sexo e idade (art. 5.º, XLVIII da CF).¹⁸ E se reforça sobremaneira com toda a legislação ordinária que constitui expressão de tais garantias constitucionais.

18. Cf. Márcio Orlando Bártoli, “Definição de papéis na execução da pena”, em *Boletim IBCCrim* 4, mai./93.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, segundo modernamente se tem entendido, se refere não apenas à atividade de aplicação da lei na exata medida do fato praticado, definido como crime, mas à “legalidade da inteira repressão”, pois, conforme adverte Alberto Silva Franco, com apoio em Figueiredo Dias, só assim “obterá o cidadão uma garantia efetiva e concreta, que não de simples expressão formal”.¹⁹

Com efeito, o princípio da legalidade constitui uma das garantias mais caras ao Estado Democrático de Direito, visando a preservação da liberdade pessoal garantida pela Constituição da República. Por isto, a atividade estatal orientada à supressão desta liberdade — autorizada pelo exercício do monopólio da força física legítima de que falava Max Webber — está por ele condicionada.

Além da garantia constitucional de integridade física e moral do preso, a Lei de Execução Penal²⁰ prevê condições como cela individual salubre, trabalho obrigatório, ensino e assistência material. Há também as peculiaridades de cada regime de pena — aberto, semi-aberto e fechado — que devem ser observadas de acordo com a sentença e com a exigência de progressividade de regimes. Vê-se, pois, que, conservando plenos os direitos atinentes à cidadania, salvo os tolhidos nos estritos limites das necessidades da execução, o preso adquire outros mais,

19. Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 98.

20. O conteúdo da LEP está bem definido em seu art. 1.º: “A execução penal tem por objeto efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” e todo encarceramento é hoje fundado no princípio da legalidade.

impondo-se, em contrapartida, um dever do Estado.²¹

Quando o juiz condena alguém a pena privativa de liberdade só há que se entender que o fez nas condições da lei.²²

A aplicação do princípio constitucional da legalidade como garantia executiva, diz Silva Franco, "implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e que a jurisdição deve fazer-se não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também, nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração" (...) "O cumprimento da pena não é 'algo estático e quieto' mas uma atividade que dinamicamente se agrava ou se atenua. A tais vicissitudes não deve permanecer estranha a jurisdição".²³

21. Sobre o assunto: Anabela Miranda Rodrigues, *A posição jurídica do recluso na execução da pena: seu fundamento e âmbito*, Suplemento do Boletim da Universidade de Coimbra, 1972, p. 49; Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 102; Rui Carlos Machado Alvim, "A pena privativa de liberdade e a cadeia: um caso de incompatibilidade de gêneros", em RT 681/314.

22. Segundo René Ariel Dotti, "o princípio da legalidade na execução constitui um desdobramento lógico do princípio da anterioridade dos delitos e das penas, tão caro às tradições democráticas do Direito Penal liberal. A execução das penas em geral não pode ficar submetida ao poder de arbítrio do diretor, dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento" ("Problemas atuais da execução penal", em RT 563/279).

23. Alberto Silva Franco, *A jurisdição... ob. cit.*, pp. 101-103.

3.2.2 Individualização da pena

A atividade jurisdicional na execução da pena se prende, em primeiro lugar à necessidade de intermediação da tensão entre o cidadão e o Estado-Administração, não apenas como decorrência do princípio da legalidade, mas, ainda, da necessidade de que a pena seja individualizada.

Trata-se de princípio, expresso na Constituição de 1988, a ser observado por todo o sistema jurídico. Não pode ser desprezado pelo legislador ordinário, a quem não se permite possa obstar que se realize a individualização ao caso concreto (ou que impeça a discricionariedade vinculada ao juiz).²⁴

A mencionada tensão se materializa, de pronto, nos direitos emergentes do próprio texto constitucional, conforme já visto.

José Frederico Marques já dizia que "o fundamento da pena individualizada com os traços que lhe imprimiu o Direito Penal Moderno está na afirmação do princípio geral dominante em qualquer setor da justiça e que erroneamente só se faz menção no direito privado: o de dar a cada um o que é seu". E a possibilidade de modificação da sanção imposta pela sentença mantém vivo o conflito entre o Estado e o indivíduo, o que torna imprescindível

24. Cf. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Ed. RT, 1993, nota 2.03 ao art. 34, p. 239. Em igual sentido, o entendimento da juíza carioca Maria Lúcia Karam, que, ao firmar posição pela inconstitucionalidade do regime integral fechado, invoca, além da garantia constitucional referida, os próprios poderes do juiz quanto à fixação do regime inicial explicados na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal (cf. "Algumas notas sobre penas e prisões", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, pp. 190-191).

a constante intervenção do poder jurisdicional no processo executório penal.²⁵

A conferência da pena que está sendo executada com o título executivo que é a sentença — a “pena vive na execução” segundo Bettiol²⁶ —, bem como as modificações que possa ter este título em virtude da ocorrência de fatos supervenientes à sentença é atividade própria da jurisdição, campo em que o Judiciário atua através do juízo de execução criminal.

A presença da jurisdição em toda a atividade executória se reafirma entre nós, inclusive, pelo sistema do Código Penal que, com a reforma de 1984, adotou a progressividade de regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Como a necessidade e suficiência da sanção constituem premissas que não se esgotam com a condenação — que estabelece apenas o regime inicial de cumprimento da pena —, a realização de uma verdadeira justiça material não prescinde que, permeando todo o processo de execução, a atividade jurisdicional faça uma verdadeira individualização da pena em cada momento dela, com base no desenvolvimento do sentenciado, mediante apreciação dos dados coletados pelo sistema repressivo (Estado Administração) e garantido o direito ao contraditório e ampla defesa.

É de se salientar, especialmente, que as várias formas de cumprimento de pena, assim como a sua suspensão e a aplicação de todos os institutos previstos no Código Penal e na Lei de

Execução Penal, conforme as situações fáticas a serem examinadas uma a uma, constituem não uma concessão do Estado mas direitos públicos subjetivos a serem reconhecidos numa atividade que não prescinde da presença do Poder Judiciário.

3.2.3 Dignidade da pessoa humana e humanidade da pena

Por fim, ainda evocando as bases constitucionais da jurisdicionalização, não se pode deixar de mencionar que a dignidade da pessoa humana — atributo que o condenado não perde — é princípio fundamental, suporte de todos os direitos fundamentais consagrados. Um Estado democrático de direito deve proclamá-lo, como o fez o art. 1.º, III, da CR.

Tal princípio, conforme anota Silva Franco, “dá unidade ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais”, que “só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus atributos. E este princípio da dignidade da pessoa humana há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)”.²⁷

A ele está ligado o princípio da humanidade da pena, disseminado pelo art 5.º da CF, em seus incs. III, XLVII e XLIX.

Como recentemente observou Ranulfo de Melo Freire, em artigo publicado na RBCCrim, o excessivo rigor com que por vezes é tratado o réu do processo criminal — e, acrescentaria, o descaso com que é tratado o sentenciado na execução de sua pena — se dá pelo falso enten-

25. *Apud* Flávia D’Urso Rocha Soares e outros (Grupo Penal do Serviço de Apoio Jurídico da Procuradoria Geral do Estado), “O sistema progressivo de cumprimento da pena e a ofensa às garantias constitucionais”, em *RBCCrim* 4/154-157, out.-dez./93.

26. *Apud* Alberto Silva Franco, *A jurisdicionalização*, ob. cit., p. 101.

27. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1992, p. 69 (cit. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 1983, p. 101).

dimento de que o juiz é guardião da paz social, papel que está bem mais afeto a outras esferas do Poder.²⁸

O juiz, numa sociedade democrática, entretanto, se presta menos a instrumentalizar o Estado para a aplicação da lei penal que para exercer um limite ao poder do Estado, com base no princípio da legalidade.

Processo — de conhecimento ou de execução — é sobretudo garantia — do acusado ou do sentenciado — e, assim, inseparável da jurisdição que é a forma pela qual o juiz põe os referidos limites ao Estado Administração — quanto à pretensão acusatória e quanto à pretensão executória de uma pena individualizada.

Para cumprir o relevante papel que lhe é reservado, o juiz da execução penal “deve ser quase exclusivamente, e já é o bastante, o garante dos direitos humanos” dos presos, zelando “por aquilo que a doutrina já denomina direitos públicos subjetivos do condenado”.²⁹

28. Ranulfo de Mello Freire, “Do valor probatório do inquérito policial”, *RBCCrim*, n. especial de lançamento. No particular, esta noção do papel do magistrado confere com o genérico e moderno entendimento sobre a legitimação democrática do Judiciário, cujos membros, de regra, não são eleitos. A legitimação material do Judiciário, no Estado Democrático, se dá pela aptidão à tutela dos direitos fundamentais do homem, como observa o magistrado italiano Salvatore Senese (cf. *Le Status du Juge, em anais do Seminário sobre la independência judicial en Latinoamérica*, B. Aires, 1991). Para se legitimar democraticamente como agente público, no Estado Democrático, o juiz tem, sob este prisma, não usa missão cotidiana de conteúdo positivo — no sentido de ser aquele que condena, aquele que manda encarcerar —, mas, ao contrário, uma atividade de conteúdo mais fiscalizador da legalidade — declarando que a sanção requerida é possível naqueles limites e verificando a cada instante se o desenvolvimento da execução confere com os limites.

29. Cf. TACrimSP — 5.^a Câ. — HC 132.752 — rel. Adauto Suannes — j. 24.7.84.

4. Processo de execução jurisdicionalizado?

4.1 Lei e realidade

Bem fixado que as exigências constitucionais e legais são de um processo de execução da pena integralmente jurisdicionalizado, conclui-se serem essenciais a ele a observância de dois outros princípios que são a verdadeira expressão do devido processo legal: o contraditório e a ampla defesa.

Aí começam os problemas.

A tese que pretende levantar o presobacharel, referida no início deste trabalho, é mais complexa do que parece.

O Judiciário acaba refletindo sempre a generalização dos conceitos banalizados que o meio jurídico capta da sociedade. Tem-se um conflito entre a lei, que é boa, e a realidade de sua aplicação, burocratizada e banalizada, numa repetição infundável de conceitos que dela divergem e de há muito deveriam ter sido afastados.

Em artigo recente, Alberto Zacarias Toron procurou demonstrar como a prática judiciária penal é influenciada pelas condições sociais sob as quais se desenvolve o processo e, por isto, em nome de um maior ou menor rigor e eficiência do sistema punitivo, não raro se desprezam garantias de natureza processual.³⁰

30. Alberto Zacarias Toron, “O indevido processo legal, a ideologia da “law and order” e a falta de citação do réu preso para o interrogatório”, em *RT* 685/277. Com efeito, o fenômeno tem ocorrido entre nós, conforme anotam diversos autores, em virtude da disseminação da ideologia da “law and order”, de conteúdo francamente autoritário (cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, *RT*, 1991; Maria Lúcia Karam, “A Fantasia do Sistema Penal”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991; René Ariel Dotti, “Um Novo Direito Penal do Terror”, *Folha de S. Paulo*, 25.3.91).

No que tange ao processo criminal, ao devido processo legal para aplicação da pena, ainda há, até por força da tradição, na jurisprudência, certa resistência ao arbítrio com que as "agências executivas" — a expressão é do penalista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni³¹ — querem transformar, para além dos limites da Constituição, a atividade repressiva. No caso, porém, da execução, até por ser recente o entendimento de que se trata de atividade jurisdicionalizada, nem isto ocorre. A jurisdição acaba sendo introduzida — e assim mesmo sem a eficácia que era de se esperar — episodicamente. E o contraditório e ampla defesa, na prática, ou não existem, ou são meras expressões formais, sem presença material, a justificar a repetição do arbítrio.

4.2 Instituição total?

A falta de atenção dos juristas-penalistas para com a execução da pena, a par de se vincular ao desenvolvimento estanque da teoria do delito, com seus preciosismos e alheamento à realidade, teve, certamente, conexão com o entendimento da prisão como uma instituição total, que realiza uma função aniquilante da pessoa humana, encarando o encarceramento como um rito de passagem, sem espaço para os direitos do preso, para o direito à divergência e para a ressocialização.³²

31. Em palestra na Faculdade de Direito da USP, em set./93, patrocinada pelo IBCCrim.

32. Cf. Alberto Silva Franco, *A Jurisdicionalização...*, ob. cit., p. 99. Tal concepção é responsável, por certo, pela situação em que foi lançado o sistema penitenciário brasileiro. Em 1984 já observava Paulo Sérgio Pinheiro que "as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que

A disseminação leiga de tal entendimento ainda dá o tom aos procedimentos de verificação interna³³ quanto a faltas e quebra de disciplina ou aferição de méritos de detentos, que em verdade são entregues prontos ao Judiciário, para o exercício de uma jurisdição meramente formal e episódica.

Não se pode ignorar que a segregação é incompatível com a ressocialização.

Há entre nós ainda a tendência de se alijar o sistema penitenciário da sociedade, ilhando a população carcerária em um espaço físico. De um lado ficam os problemas sociais, de outro as inquietações do cárcere. Os problemas do encarceramento são coisas que se resolvem entre a própria administração e o preso, sem efetiva intervenção judicial.

cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena ("Escolas do Crime", em *Retrato do Brasil*, v. 2, Ed. Política, 1984, p. 331).

33. Exemplos de sindicâncias esdrúxulas: a) aquela em que o Conselho Disciplinar da Casa de Detenção da Capital considerou ter certo detento incorrido em "falta disciplinar de natureza grave", nos termos dos arts. 50, VI, c/c. o 39, II, da Lei 7.210/84, sancionando-o com "quinze dias de privação celular, com suspensão de todos os direitos, favores e benefícios gradativos; suspensão de regalias por 30 dias, a contar de sua liberação do Regime de Provação Celular", porque "faltou com a verdade" (Exec. 315.489 da Vara das Execuções Criminais da Capital); b) aquela que um preso da Casa de Detenção de Parelheiros teve que responder porque "chutou a viatura e xingou os funcionários", enquanto era transportado, reclamando da velocidade e condições de transporte (Exec. 254.461); c) outra em que o detento foi acusado de falta grave por ter sido apanhado com "três quilos de café" (Exec. 256.419). Aliás, para os internos da Casa de Detenção Professor Flaminio Fávero, "A mentira é punível com privação celular" (segundo a cláusula 12.ª dos Deveres para com a Ordem e Disciplina).

Sociedade e sistema penitenciário são duas pontas que não se tocam. Os vínculos do condenado com a sociedade são antecedentes (o crime e suas causas), persistentes (a vítima) ou concomitantes ao cumprimento da pena (o trabalho). Há que se refletir muito sobre o trabalho tendo em vista sua inserção no Estado capitalista, os interesses que o envolvem e as múltiplas formas — jurídicas, econômicas e sociais — de abordá-lo.³⁴

O histórico desprezo das autoridades pelas condições objetivas de encarceramento digno, o tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados, envolvidos no tráfico de drogas, armas e influência para alimentar as quadrilhas internas que o iníquo sistema de injustiças favorece têm provocado inúmeras rebeliões, violência reativa e promiscuidade.

Às vésperas das eleições municipais de 1992, um verdadeiro massacre de presos pela PM, absurdamente autorizada a invadir a Casa de Detenção tomou as manchetes dos jornais no mundo inteiro. A maior carnificina jamais vista em um presídio nada mais foi do que resultante de uma equivocada política criminal adotada pelo governo paulista: Ideologia de segurança nacional reeditada como ideologia de segurança pública, vinculada ao movimento da Lei e Ordem. Uma política criminal e penitenciária que, além de ignorar a sutil violência oficial decorrente do perverso modelo econômico, identificando a violência na exclusiva ação dos marginalizados sociais, dá ênfase ao aspecto

retributivo da pena, à severidade da punição e ao controle administrativo — não judicial — da execução.

A tal realidade, evidentemente, o Judiciário está alheio, embora a Lei de Execução proclame, em seu art. 66, VII e VIII, serem incumbências do juiz da execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei”.

Como falar, então, de execução penal jurisdicionalizada?

Aos presos, depois das espantosas cenas da referida chacina, a palavra “execução” soa mesmo sinistra.

O sistema penitenciário já vem sendo usado como clássico exemplo de certa função negativa que o direito vem adquirindo. Sob uma análise estruturalista do direito — encarado como controle social — se descobriu, agora em análise funcional, que além de ter perdido parte desta função — hoje os meios de comunicação parecem usurpar este controle anteriormente concentrado no Estado —, ele já chega a exercer funções negativas. De fato, tendo em vista a disparidade custo-benefício e o efeito contrário que o transformou de recuperador de criminosos em verdadeira escola de crime, tem-se no sistema penitenciário brasileiro um belo exemplo do direito exercendo funções negativas e desestabilizantes.

4.3 Centralização de controles

A burocratização e a questionável regulação conduzem o cerceamento do desenvolvimento natural e democrático da jurisdição no Brasil.

Os riscos de divergência de entendimentos — desta dialética se constrói a

34. Cf. Rui Carlos Machado Alvim, *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*, Atlas, 1991. Outrossim, como adverte Maria Lúcia Karam, “um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela” (“Algumas notas sobre penas e prisões”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 177).

jurisprudência! — em questões fundamentais ao Estado não justificam tomar-se como atividade administrativa o que é essencialmente jurisdicional.

No entanto, equivocada concepção de unidade tem dado margem a que se submeta grande número de magistrados ao sistema de designações, que podem cessar a qualquer tempo. Enquadram-se, em São Paulo, nisto toda a jurisdição sobre a legalidade das prisões afeta à Vara das Execuções Criminais, que há quase uma década não é provida e foi transformada num departamento submetido à orientação centralizada da cúpula do Tribunal de Justiça.³⁵

Esta realidade dissemina um certo entedimento de que, mais do que garante da legalidade, o Judiciário quer ser um colaborador do Estado-Administração, servindo como uma espécie de linha auxiliar na gestão da tão complexa questão penitenciária. E despreza que só

está a salvo de pressões para o exercício consciente e sereno de seu ofício, com total independência e sem controle que não seja o derivado da própria atividade recursal, o juiz que não possa ser afastado de onde exerce sua jurisdição por critérios de conveniência administrativa.

4.4 Contraditório e ampla defesa

As garantias decorrentes de uma execução da pena sujeita aos princípios constitucionais mencionados impõem um contraditório formado, à evidência, no processo judicial e não transportadas para ele formalmente, extraídas de procedimentos administrativos internos feitos por uma das partes interessadas na execução, ou seja, o Estado-Administração, por meio do sistema penitenciário e sua burocracia interna.

Dá-se, em verdade, tom meramente formal à ampla defesa e ao contraditório. Ignora-se que a jurisdição implica sempre um certo conhecimento investigativo do caso concreto, com todas as suas particularidades, o que é incompatível com a adoção de critérios preestabelecidos sobre os quais se julga. Em suma, na mecânica repetição de atos, a real face de muitos conflitos entre o Estado-Administração e o preso não é conhecida, mantendo-se o juiz, frequentemente, num mundo de conflitos idealizados pelo preconceito contra o condenado, especialmente se ele não se submete docilmente às regras do presídio, exercitando seu direito à divergência, que existe.³⁶

35. Justamente por causa de tal realidade, dentre as diversas conclusões tomadas na Reunião Temática sobre Execuções Criminais, realizada pela *Associação Juizes para a Democracia* em 9.8.94, em S. Paulo, com participação de diversos juízes com atuação passada e presente na área, bem como de procuradores do estado que lidam com a questão penitenciária, a de número 3 tem o seguinte enunciado: "O provimento do cargo de juiz das execuções criminais na Capital deve ocorrer nos termos do artigo 93, II, da Constituição Federal". Justificativa: "Cuida de se dar atendimento ao princípio do juiz natural, em benefício do jurisdicionado". De se acrescentar que este controle interno verticalizado, pela cúpula do Judiciário, que interfere na jurisdição de forma não natural (porque não recursal), também estão sujeitas outras atividades, como a essencialmente jurisdicional de arquivamento de inquéritos a requerimento do MP, que é feito em São Paulo pela Divisão de Inquéritos Policiais (DIPO), onde atuam apenas juízes designados pelo Tribunal de Justiça, não havendo juiz titular (cf. Dyrceu A. D. Cintra Jr. e Carlos H. M. Trevisan, "*Controle Externo do Poder Judiciário*", em RT 693/37).

36. Anabela Miranda Rodrigues escreve que o sistema prisional, perseguindo a finalidade de reinserção social, não pode exigir que "o indivíduo assuma como próprios o modelo social e os valores. O que se tem em vista é apenas torná-lo capaz — criando-lhe disposição interior neste sentido — em qualquer caso, de não cometer crimes, facultando-lhe, para isto, os meios necessários e adequados" (A

Neste passo, é conveniente lembrar que durante a execução o encarcerado, na prática, sofre uma série de castigos como segregação e privação da fruição de certas atividades, sem qualquer controle jurisdicional. As sanções disciplinares de ordem corporal, como a segregação celular, chega a ser incompatível com a sistemática, em face das diretrizes traçadas pelo art. 38 do CP e pelo art. 1.º da Lei 7.210/84.

A restrição e suspensão de direitos (art. 41, parágrafo único) — que atingem direitos de suma importância para a finalidade básica de reinserção social do condenado como o contato com a família e com os meios de informação ou uma racional proporcionalidade entre trabalho, descanso e recreação — atribuída ao diretor do estabelecimento, não passam pelo crivo jurisdicional, como regra.

Será que basta, para que se tenha um processo penal jurisdicionalizado, a mera possibilidade do preso inaugurar um procedimento judicial episódico para enfrentar possível lesão de direito decorrente do abuso de autoridade, tão comum nos cárceres?

A prática de falta grave (art. 50 da LEP) implica graves consequências para o condenado a pena privativa de liberdade, tais como a regressão de regime (art. 118), revogação de autorização de saída (art. 125) ou perda do direito ao tempo remido (art. 127). Entretanto, a ocorrência dela é apurada sem a intermediação do juiz, pelo diretor do

posição jurídica, ob. cit., p. 125). O “bom recluso”, como o considerará uma instituição total, que realiza uma função aniquilante da pessoa humana que há no preso — que tem virtudes e defeitos — será certamente aquele que reincidirá no crime; o outro, que não se enquadra, que reclama, por certo conservará consigo um resto de pessoa humana e terá maiores condições de sobreviver fora do presídio.

presídio. O juiz toma conhecimento posterior do fato consumado, apenas para os efeitos previstos em lei.

Isto também ocorre na vulgarmente denominada regressão cautelar: após simples formalidades administrativas, o preso que estava em regime semi-aberto é transferido para o regime fechado.³⁷

Pode-se perguntar: estão garantidos os direitos ao contraditório e ampla defesa neste particular?

4.5 Direito de defesa — oitiva do condenado

O equacionamento necessário entre as razões do preso e as razões do sistema não prescinde da oitiva prévia do condenado.

O direito do sentenciado de ser ouvido emerge, num primeiro plano do art. 2.º da LEP, que determina que a jurisdicionalização do processo executório se dê não apenas na conformidade com os preceitos daquele diploma, mas, também, com os do Código de Processo Penal.

Reafirma-se com a disposição do art. 196 da lei citada, que manda que se ouça “o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida”. Note-se que a lei não fala em oitiva da defesa ou do defensor — que é também necessária para garantia do princípio da ampla defesa —, mas do condenado, não deixando margem a dúvidas sobre seu conteúdo.

E está presente, expressamente, em vários pontos da lei, para casos específicos em que o legislador ressaltou a necessidade, como o de regressão de regime de pena (art. 118, § 2.º) ou de

37. Conclusão 10 da Reunião Temática sobre Execuções Criminais, realizada pela *Associação Juízes para a Democracia*: “A apuração de falta grave imputada ao sentenciado deve ser feita em procedimento que obedeça os princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa”.

modificação das condições do livramento condicional (art. 144).

Em cada questão posta ao juiz da execução, pois, deve ser ouvido o sentenciado, antes da decisão.

Cuida-se, no dizer de Rui Machado Alvim, de “elevar o direito de audiência à categoria de direito processual independente, colocado ao lado da defesa técnica, cada qual a representar um meio de defesa insubstituível, à medida que centrados em perspectivas diversas e complementares: o defensor, na elaboração dos aspectos técnico-jurídicos, e o ouvido, na revelação de suas razões pessoais, com frequência insuscetíveis de serem enfeixadas nas comportas da neutra juridicidade”.³⁸

Não obstante, há jurisprudência que ainda resiste a tal necessidade, manifestando-se desfavoravelmente à oitiva prévia do sentenciado, especialmente em casos de revogação de benefícios como o *sursis* ou a prisão albergue.³⁹

4.6 Direito à defesa técnica

Outro ponto em que o desrespeito à ampla defesa é evidenciado é o relativo à defesa técnica.

Esta é necessária para que valham em sua plenitude as garantias do contraditório e ampla defesa. Só assim se poderá dizer que de fato se trata de devido processo legal, jurisdicionalizado. E a exigência decorre expressamente da

conjugação do que dispõem os arts. 2.º da LEP e 261 do CPP.

Com frequência se invoca a ordem pública, para negar o direito à defesa técnica, o que faz lembrar que a expressão — ainda quando utilizada pelo próprio legislador — tem sido apontada como um recurso retórico, a permitir a introdução de conteúdos axiológicos, dando ao juiz amplo e inconveniente poder discricionário. Antonio Alberto Machado ressalta o conteúdo ideológico do enunciado ao comentar seu uso no caso do art. 312 do CPP, com base na qual a pretexto de assegurar a imagem e a credibilidade da justiça, se decreta prisão de pessoas que, numa visão maniqueísta da realidade social, são identificadas não com o lado da ordem, do bem e da moralidade (pessoas que gozam de dignidade, casa, remuneração condigna, saúde, escola e outros bens), mas com a desordem pública, a marginalia (pessoas excluídas da participação social, da fruição dos bens e das riquezas que produzem).⁴⁰

38. Rui Carlos Machado Alvim, “O Direito de Audiência na execução penal — Uma tentativa de sua apreensão”, *RT* 636/257.

39. Dentre outros, elencados por Rui Machado Alvim (em *O Direito...*, art. cit.): “Prisão albergue domiciliar — Beneficiário autuado em flagrante por roubo cometido durante o benefício — Revogação, independentemente de prévia audiência — Admissibilidade — ‘Writ’ denegado — Voto vencido (TACrimSP — HC 135.556-9 — 5.ª Câ. — rel. Carmona Morales — em *JUTACRIM* 85/67).

40. Antonio Alberto Machado, *Prisão Preventiva*, Acadêmica, 1993, p. 61. No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e prisão cautelar*, RT, 1991, pp. 66-68. Exemplo de julgado que utiliza tal conceito, um tanto expressivamente, em caso de sindicância para apuração de falta grave, foi publicado no *Boletim AASP* 1.865/303: “... Afirmar-se que eventual apuração de falta disciplinar, ocorrida no âmbito interno de estabelecimentos prisionais, requer a assistência de advogado e respectiva defesa técnica, com a devida ‘venia’, não tem fomento jurídico, muito menos resguarda a ordem pública. Perante a autoridade administrativa, com incumbência de exercer o poder disciplinar em Cadeias e Presídios (artigo 47 da LEP), a garantia da ampla defesa não assume, nem pode assumir, o caráter de contencioso judicialiforme. A entender-se desse modo, com efeito, não mais haverá Cadeias e Presídios, senão Juízos e Pretórios, quando não Hotéis e Hospedarias. Como quer que seja, o exercício

Aplicado à execução penal, o fluido conceito de ordem pública é por vezes utilizado para equacionar juridicamente a opção administrativista, dando margem a que os direitos do preso (submetido à execução) percam em face dos interesses da Administração (o sistema que o submete).

Recentemente, em São Paulo, a necessidade de defesa técnica tem sido cobrada, havendo casos de anulação de algumas sindicâncias onde não havia sido ela garantida, inclusive a requerimento do Ministério Público.⁴¹

da ampla defesa nos procedimentos administrativos para apuração de faltas disciplinares, no âmbito dos Presídios, não só prescinde da nomeação de advogado ou defensor ao imputado faltoso, como até mesmo se afigura tal providência (assim levada a tal extremo) como incompatível com a ordem e o interesse público, contra os quais a garantia da ampla defesa não poderá se sobrepor, mas sim compatibilizar-se" (cf. TACrimSP — 8.ª Câm. — AE 855.927-2 — rel. juiz S. C. Garcia — j. 3.3.94).

41. Isto ocorreu, por exemplo, no processo de execução 315.489 do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital (*DECRIM 7*): a requerimento do Ministério Público, foi determinado o refazimento do procedimento administrativo no qual, sem defesa técnica, o sentenciado havia sido considerado incurso em falta disciplinar grave, por ter "faltado com a verdade". De outra parte, o Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria de Justiça de Execuções Criminais solicitou, em ofício recente, os diretores de presídios tomem providências para que sejam "adotadas providências para a nomeação de defesa técnica em favor dos sentenciados, em todos os procedimentos administrativos (Sindicâncias) instauradas para apuração de faltas disciplinares, ante a previsões dos arts. 5.º, LV, da CF, 143 da CE, e 55, da Lei 7.210/84" (ofício 160/94 — PJEx.Cr., de 13.10.94). A indispensabilidade da defesa técnica, outrossim, já era afirmada pela Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária desde muito antes (MEMO CJ 11/93 da Consultoria Jurídica à Chefia de Gabinete da Secretaria, em 10.5.93).

4.7 Controle Administrativo

A liberdade com que atuam os órgãos administrativos vinculados ao Executivo — como a COESPE em São Paulo —, nem sempre respeitando o comando emergente da sentença quanto ao regime imposto, sob afirmativa de falta de vaga, tem sido outro fator de desprezo ao princípio da legalidade da execução.⁴²

Diversos julgados têm garantido o direito do sentenciado de não ser submetido a regime mais severo que o que lhe foi imposto.

Mas muitas vezes os juízos de execução — rompendo com a função garantidora dos direitos fundamentais que legitima o Judiciário materialmente no Estado Democrático de Direito — tem tolerado que o preso, embora já tenha direito reconhecido ao regime semi-aberto, permaneça no regime fechado aguardando vaga. Deveria, por óbvio, ser garantido o regime albergue excepcional para que não houvesse constrangimento. O número de acórdãos apreciando questões deste tipo dá conta da frequência com que o direito dos presos à efetiva progressão de regimes é violado.⁴³

42. Conclusão 4 da Reunião Temática sobre Execuções Criminais realizada pela *Juízes para a Democracia*: "O controle de vagas nos presídios de quaisquer regimes deve ser feito pelo Tribunal de Justiça, à semelhança do que ocorre em relação às vagas na Febem nos termos do Provimento 489/92". Conclusão 5 do mesmo grupo: "Os dados relativos a vagas e movimentação de presos, bem como de progressões de regimes, devem ser publicados mensalmente pela imprensa oficial".

43. Sobre o uso do *habeas corpus* para fazer cessar constrangimento ilegal ao preso que aguarda vaga em regime mais severo que o determinado, vide acórdão do STJ: "Não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. É o comando da Constituição da República. O Código Penal (norma meramente declaratória) dispõe que: o

4.8 Penas ilícitas

O tratamento por pessoal não especializado, com poucas noções humanistas, que impõe ao preso muitas vezes, pequenas penas diárias a que ele não está sujeito e que nada têm a ver com a sentença. Tudo isto escapa à jurisdição, que se atém a aspectos mais formais.⁴⁴

O princípio da humanidade da pena foi introduzido no Direito Penal a partir do iluminismo, com os escritos de Beccaria e Pietro Verri. Chegou-se logo à fórmula de que o Estado, de maneira impessoal, sem sentimento de vingança, pode reprimir e punir com dignidade e

preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). A sanção penal é aplicada restritivamente. Assim, se o Estado não implantou as condições para a execução da sentença, não pode, por isso, impor que ao condenado que o faça em espécie mais grave (STJ — RHC 2.3136/RJ — 6.ª T. — rel. Min. Vicente Cernicchiaro — j. 15.12.92 — em *RBCCrim* 71/224). No mesmo sentido, acórdãos em RT 613/318, 645/285, 669/371, 667/378 e 679/332; RJTJSP (JTJ) 103/504, 118/554 e 142/367; JUTACRIM 94/580; RSTJ 9/126. Mas há julgados que entendem não haver constrangimento ilegal quando a remoção foi determinada pelo juiz porque a “concretização da providência fica a cargo do COESPE, na dependência de vaga, a obedecendo ao critério cronológico” (TJSP — HC 149.160-3 — 6.ª Câmara. — rel. Des. Nelson Fonseca — JTJ 148/303).

44. Paulo Sérgio Pinheiro já observou que “a pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias, sem regras fixas, sem defesa, que por um sim ou por um não “condena” os internos a isolamentos e castigos físicos. As humilhações são estendidas às famílias dos criminosos, submetidas a vexações que contribuem para agravar o isolamento do preso, objetivo máximo do sistema penitenciário” (“Escolas do Crime”, em *Retrato do Brasil*, v 2/331, ed. Política, 1984).

respeito ao acusado. Modernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, estabelece limitações ao poder de punir. Impõe normas não apenas para a formação de culpa como para a execução da pena (art. 5.º). Sem contar que todo preso está também sujeito às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovado pela ONU em 1955.

O direito brasileiro a elas se conformou ao editar diversas garantias constitucionais e a Lei 7.210/84. A ordem constitucional garante o “respeito à integridade física e moral do preso” (art. 5.º, XLIX) e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5.º, III). A Lei de Execução Penal prevê uma série de regras para o encarceramento digno, tanto no que diz respeito às condições dos estabelecimentos penais (arts. 82 e ss.) quanto no que se refere às assistências a que o preso tem direito (arts. 10 e ss.).

Apesar de banidas da legislação, as penas infamantes e castigos extralegais são impostos aos presos. Para coibir tais abusos, lembra José Eduardo Goulart — fazendo menção a memorável discurso do juiz José Gaspar Gonzaga Franceschini proferiu ao receber na OAB/SP o Prêmio Franz de Castro Holzart — que “a vigilância constante por parte das autoridades responsáveis e, ainda, a imediata reformulação da legislação acerca do abuso de autoridade”.⁴⁵ Tais autoridades, acrescenta-se, são as do Poder Judiciário, a quem cumpre cobrar a legalidade do encarceramento (art. 66, VI, VII e VIII, da LEP).

5. Conclusão

Se todo encarceramento é hoje fundado no princípio da legalidade e a execução penal é jurisdicionalizada, este mergulho na ilegalidade em que se acha

45. José Eduardo Goulart, ob. cit., p. 110.

o sistema — do encarceramento a qualquer custo em nome de uma pretensa proteção da sociedade, até mesmo em cadeias públicas, sem mínimas condições de dignidade humana —, a demandar providências jurisdicionais, se dá por tolerância das instituições que devem zelar pela legalidade, especialmente Judiciário e Ministério Público.

Não se pode falar de execução penal efetivamente jurisdicionalizada se a realidade é esta.

O problema mereceria reflexão maior, especialmente do Judiciário. Se a adequação do sistema penitenciário às determinações legais depende, no âmbito do Executivo, de vontade política e recursos, no Judiciário basta que se aplique a Constituição e as leis do país e o *habeas corpus* é remédio eficaz para cobrança da legalidade.

Está claro que a maior parte das reformas não prescinde da mudança de mentalidade. A formação tecnicista das carreiras jurídicas muito têm deformado a visão dos operadores do direito que nem sempre se pautam por uma noção teleológica, global e interdisciplinar do fenômeno jurídico. Especialmente no

Judiciário, é preciso trabalhar pela conscientização de que da efetividade dos direitos consagrados em lei — sobretudo dos princípios constitucionais — depende a conquista da democracia real. Mas cobrando legalidade no encarceramento — e jurisdicionalizando no dia-a-dia de sua atuação a execução das penas — estarão os juízes, no mínimo, provocando a Administração a adotar uma política séria de construção de presídios e adequação deles às exigências mínimas compatíveis com a dignidade do homem preso. Estarão também mostrando à sociedade que ela deve se mover por pressão legítima.

Afinal, como já se disse, o papel do juiz é só este; e não é pequeno.

A atuação formal e ineficaz que constitui a regra nos juízos de execução lembra a frase estampada no pórtico do gabinete de um Secretário de Estado de Minas, evocada por Ranulfo de Mello Freire em artigo recente: "Não basta despachar o papel, é preciso resolver o problema".⁴⁶

46. Ranulfo de Mello Freire, em art. na *RBCCrim* 4/158, out.-dez./93.