

# Entidades criticam interferência na execução penal

20/03/2006

O Movimento Antiterror, formado por advogados criminalistas, professores, promotores, juízes e defensores públicos divulgou parecer contestando uma proposta de projeto de lei aprovada pelo Conseg — Conselho Nacional de Secretária de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária.

A idéia da proposta é permitir que a administração pública interfira na concessão de benefícios para os presos, como progressão de regime e indulto, sempre que o Judiciário demorar mais de 30 dias para analisar a questão.

No parecer, que é apoiado por outras entidades, como o IDDD — Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Movimento Antiterror registra que a proposta de “**administracionalizar os benefícios da execução penal**” está na “**contramão da história do Direito de Execução Penal e do penitenciarismo como um todo**”.

“A experiência na execução penal indica que os direitos dos presos são normalmente lesados nos poucos incidentes que são ditados pela administração.”

## Leia a íntegra do parecer

### 1. Introdução: o Movimento Antiterror e a resistência à legislação de pânico

O Movimento Antiterror é formado por um grupo de operadores do Direito que atuam na área das Ciências Criminais e afins, todos comprometidos com a intransigente defesa do Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais da República, consagrados constitucionalmente, como o da *cidadania* e o da *dignidade da pessoa humana*.<sup>[1]</sup>

Sublinhe-se que a reação inicial do Movimento Antiterror surgiu com o Projeto de Lei 5.073/01 e o seu substitutivo que, alterando a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), instituiu o *Regime Disciplinar Diferenciado*, com o nefasto isolamento celular de até 720 dias e maculou, destarte, princípios básicos do texto constitucional, verdadeiro *Regime Da Desesperança*, na feliz expressão cunhada pelo professor René Ariel Dotti.

Agora, uma nova *legislação de ocasião* ameaça surgir, isto porque o Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária aprovou proposta de Projeto de Lei que visa “**administracionalizar os benefícios da execução penal**”.

**Cabe sublinhar que a denúncia foi** trazida à baila pelo professor René Ariel Dotti, na cidade de Porto Alegre, em outubro de 2005, por oportunidade da realização do IV Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais do ITEC/RS, evento em homenagem ao professor Cezar Roberto Bitencourt.

Durante o congresso, os palestrantes que tiveram ciência da iniciativa de alteração da Lei de Execução Penal aprovaram, à unanimidade, nota de contrariedade ao intento. Posteriormente, a nota de repúdio foi publicada no Boletim 156 do IBCCrim, em novembro de 2005.

A partir disso, o Movimento Antiterror iniciou ampla discussão sobre o tema, sendo deliberado que uma comissão redigiria o presente parecer, a fim de executar-se um trabalho coletivo. Desta forma, o Movimento Antiterror, com o apoio e a contribuição de todas as entidades que subscrevem este documento, é instado, em nome do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República, a se manifestar sobre a proposta de Projeto de Lei que visa “**administracionalizar os benefícios da execução penal**”.

**2. A proposta de projeto de lei para “administracionalizar os benefícios da execução penal”: texto aprovado pelo Conseg — Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária.**

Em 10 de novembro de 2005, o Conseg — Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária aprovou, por maioria de votos, a proposta do Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Nagashi Furukawa, também presidente do CONSEJ, respeitante à “administracionalização de alguns direitos das pessoas presas, ocorrentes no cumprimento da pena privativa de liberdade.”

**A idéia veio justificada pelo fato de que** “a política penitenciária busca continuamente, em virtude do superpovoamento prisional, novos modelos de gestão eficiente na administração dos estabelecimentos penais”.

A introdução-justificativa do aludido projeto cita como “exemplo bem sucedido” a “parceria com sociedades civis, sem fins lucrativos, para gerência comum de presídios”. Seguindo a linha do “princípio da eficiência nos negócios públicos”, a sugestão legislativa refere, como exemplo, que “o Poder Judiciário paulista atribuiu à Secretaria da Administração Penitenciária, mercê de pareceres do Tribunal de Justiça, a competência para disciplinar a movimentação dos presos entre as várias unidades do sistema, bem como para traçar normas sobre as visitas às pessoas presas ou internadas.” Assim, a justificativa estabelece que “tanto aquela parceria como tais competências não se afastam, contudo, do controle jurisdicional, sempre atento para conhecer e apreciar qualquer lesão a direito individual ou coletivo.”

A partir do caótico cenário da execução penal no país, a proposta de projeto foi alicerçada no argumento de que, “com a pletera de feitos a atravancar os cartórios dos juízos”, o que se busca é “a administracionalização dos benefícios requeridos pelos interessados no curso do cumprimento das penas impostas, sem que haja nenhuma afronta ao princípio da jurisdicionalização”.

Então, diante desse dado objetivo — o invencível número de feitos penais —, quando o juiz da Execução Penal não decidir sobre as hipóteses de *progressão e regressão de regime*, *livramento condicional*, *indulto* e *comutação de penas*, *remoção interestadual*, decidirá a administração pública. Ou seja, o raciocínio é simples, diante da notória omissão do Judiciário, é melhor delegar o poder de decidir para o Executivo, sob pena de restarem relegados os direitos dos presos.

Com o argumento que é servido com roupagem “garantista”, a proposta registra que “a administracionalização dos benefícios insere-se de forma congruente no resgate do valor do que faz (e não do que sente, pensa ou pretende) o preso durante a execução de sua pena”. “O administrador, observando a conduta externa de seus administrados na unidade prisional, mediante critérios preestabelecidos e conhecidos de todos, está plenamente apto, se for o caso, a aboná-la e deferir o requerimento de progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de pena.”

Ainda de acordo com a introdução-justificativa, a adoção de tal medida não exclui os controles ministerial e judicial. Isto porque, segundo ela, “à semelhança do modelo anglo-saxônico, o administrador sempre prestará contas ao juízo executório, que poderá rever a qualquer tempo, provocado pelo fiscal da lei ou pela parte prejudicada, os atos concernentes àqueles benefícios, e promover a responsabilização do funcionário público faltoso, em hipótese de ocorrência de quaisquer irregularidades nos procedimentos formulados e resolvidos nos estabelecimentos penais”.

Seguindo esta tortuosa linha argumentativa, a proposta enfatiza que “a administração pública contemporânea imita o Poder Judiciário”, no que tange à *legalidade*, *ampla defesa* e *motivação* de seus atos, tentado fazer crer que não haverá qualquer prejuízo ao cidadão apenado ou ao sistema penal.

Por fim, no que se circunscreve à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a proposta em testilha acrescenta dois parágrafos ao artigo 73 da Seção II, Do Departamento Penitenciário Local. Eis a redação sugerida:

**Artigo 73: A legislação local poderá criar departamento penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.**

Parágrafo 1º: Se o juiz da execução exceder o prazo de trinta dias, sem proferir sentença, os pedidos previstos nos artigos 66, inciso III, letras b e e, inciso V, letra h, e 193 desta lei serão decididos pela autoridade administrativa, com posterior revisão judicial e ouvidas as partes.

**Parágrafo 2º: Caberá às autoridades administrativas das unidades federativas decidir e promover, de comum acordo, a remoção do preso condenado ou provisório, sem prejuízo da indicação do estabelecimento prisional adequado para abrigá-lo, a cargo do juiz competente receptor, na hipótese de remoção interestadual (artigo 86, § 3º, desta lei).**

3. As razões da proposta do projeto de lei: supostas vantagens em sede de execução

A proposta de projeto de lei aprovado pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária estabelece um rol com *seis razões* que estão a justificar, como pensam alguns de seus membros, a adoção da “administracionalização dos benefícios” (em verdade, são *direitos dos apenados*, os quais, não devem ser confundidos com meros *benefícios*, como todos sabem de há muito). Segundo exposto no arrazoado de introdução do *disegno di legge*, estas são as (supostas) vantagens em sede de execução penal:

(a) **Geração de vagas e rotatividade carcerária planejadas**, uma vez que com “a administracionalização propugnada, os benefícios serão deferidos no tempo certo, imediatamente após (ou no mesmo dia) o cumprimento das condições objetivas para pleiteá-los”. Assim, ocorreria “a rotatividade prisional” que “poderá ser corretamente equacionada”, sendo “as progressões de regime, aliadas às solturas motivadas pela concessão de livramentos condicionais, determinarão o aumento do dinamismo interno do sistema.”

(b) **Individualização da pena e reincorporação do autor à comunidade**, pois a administracionalização dos benefícios propiciará “um espaço mínimo à personalização da pena”, “para individualizar sua permanência na penitenciária e propor-lhe um projeto de reintegração social.”

(c) Diminuição da **tensão carcerária**, “pois, garantidas a certeza da pena e suas alterações no espaço e no tempo, constrói-se no espírito do recluso a viabilidade de um projeto existencial compatível com seus anseios e as regras disciplinares”. Desta forma a medida trará “uma tensão carcerária suportável”, com “controle dos atos de insurreição, produzidos na maioria das vezes pela falta de informes sobre os requerimentos dos sublevados e a prorrogação injustificada das respectivas decisões.”

(d) Construção de uma **execução penal garantista**, pois a nova redação do artigo 112 da LEP “expungiu do procedimento de benefícios os erros trazidos pela valorização, na maioria dos casos depreciativa, da personalidade do preso.” Segundo as razões do projeto, “revogado o parágrafo único do art. 112 em pauta, as garantias do sentenciado foram postas a salvo” e, assim, “de agora em diante, a par da fração de tempo requerida para a concessão do benefício, mede-se tão-somente a conduta ostensiva do preso, tomando-a por boa se suas ações, aferidas no cotidiano penitenciário, estiverem de acordo com os regulamentos da unidade prisional.”

(e) **Atividades do juiz de execução e do promotor de Justiça não serão excluídas**, isto porque “à semelhança do modelo anglo-saxônico, o administrador sempre prestará contas ao Juízo executório, que poderá rever a qualquer tempo, provocado pelo fiscal da lei ou pela parte prejudicada, os atos concernentes àqueles benefícios, e promover a responsabilização do funcionário público faltoso, em hipótese de ocorrência de quaisquer irregularidades nos procedimentos formulados e resolvidos nos estabelecimentos penais.” Outro ganho, segundo o projeto é que “desembaraçados de uma quantidade excessiva de processos, magistrado e promotor desempenharão as suas competências e atribuições de modo exemplar, máxime no tocante às inspeções e visitas periódicas às prisões.”

(f) Manutenção da **legalidade na execução penal**, uma vez que “a administração pública contemporânea imita o Poder Judiciário e segue-lhe as pegadas a propósito das decisões sobre os administrados”. Em síntese, segundo as razões do projeto, a legalidade estará assegurada, pois os processos administrativos estão amparados pelos princípios da ampla defesa e motivação das decisões.

4. A proposta de projeto de lei e a Lei de Execução Penal — Lei 7.210/84: incompatibilidade com o sistema

Indiscutivelmente, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) foi um grito de alforria para os presos brasileiros, na medida em que foi o marco final de um período de tratamento da execução penal com índole predominantemente administrativa.

A partir do humanismo reformador imposto pela Comissão Redatora do Anteprojeto que deu origem à Lei de Execução Penal, o apenado, ao menos no plano normativo, deixou de ser tratado como mero *objeto* da administração pública, para ser sujeito de direitos em sede de execução penal. Com a edição da Lei de Execução Penal, o processo executório passou a estar amparado no princípio da *legalidade* e na *tutela jurisdicional* de forma continuada.

Nesse sentido, se lançarmos um olhar retrospectivo pela história recente do país, especialmente a partir do excesso de leis penais da década de 90, muitas delas redigidas sem qualquer técnica legislativa, descortinar-se-á, indiscutivelmente, quer sob o ponto de vista doutrinário ou quer a vertente político-criminal, que a Lei 7.210/84 é um dos poucos respiradouros dos princípios humanistas no atual sistema punitivo.

A verdade é que a Lei de Execução Penal trouxe um *novo sistema de execução de penas*, reorganizado sistematicamente a partir (e principalmente) da tutela jurisdicional. O juiz, enquanto executor da decisão condenatória, tornou-se o *garante da legalidade*, não podendo ser eliminado em hipótese alguma, sob pena de supressão da jurisdição. Em resumo: o juiz funciona como base fundamental do sistema processual de garantias em sede de execução penal.

Não restam dúvidas, de que a Comissão Redatora do Anteprojeto de Lei que deu origem à Lei de Execução Penal trabalhou com independência e visou restringir a atividade da administração pública, proporcionando ao apenado a apreciação de seus direitos pelo juiz. Normatizada, pois, a “jurisdicionalização” da execução da pena.

Esta verdadeira evolução da retrógrada *administracionalização* para a *jurisdicionalização* constou em diversos itens da exposição de motivos da Lei de Execução do Penal, fundamentalmente quando os redatores afirmaram que “vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal”[2]. Ou ainda, quando referiram que “o projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas.

Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e *jurisdionalizam* a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Criminal.”[3]

O fenômeno *administracionalização–jurisdionalização* foi identificado pela doutrina, a qual, de forma uníssona, aplaudiu o avanço histórico, bem como suas conseqüências garantistas em pleno regime autoritário. Nessa linha, destacou-se o trabalho fundamental dos professores Miguel Reale Júnior, René Arieol Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos[4] que, desde 1985, vem orientando a dogmática pós-Lei de Execução Penal. Mais recentemente, em sua tese, o professor Saló de Carvalho reconstrói o processo de evolução e identifica que a doutrina bem acentuou que o apenado deixou de ser objeto para ser titular de posições jurídicas de vantagem, fundamentalmente como *sujeito* de relação processual.[5]

A partir da Lei de Execução Penal, a jurisdionalização passou a funcionar como *eixo fundamental* do sistema de garantias e restrições de direitos. Neste passo, como assinala Miguel Reale Júnior, “a legislação ordinária antecipou-se à Constituição de 1988, que deu *status constitucional* às diretrizes já constantes da Parte Geral e da Lei de Execuções Penais de 1984”[6].

Como é cediço, a partir da Constituição da República de 1988, a tutela jurisdicional em sede de execução penal recebeu redobrada importância, pois elevada ao patamar de garantia constitucional do cidadão. Basta lembrar, para tanto, que a exigência de apreciação judicial dos incidentes da execução penal é um importante fator de imparcialidade da decisão, na medida em que confere um distanciamento necessário entre o juiz e o interessado-apanado.

A experiência na execução penal, aliás, indica que os direitos do preso são normalmente lesados naqueles poucos incidentes que, ainda hoje, são ditados administrativamente (pense-se, por exemplo, nos abusos que freqüentemente ocorrem nos casos de aplicação de sanções nos procedimentos disciplinares).

Destarte, a pretensão de administrativizar-se a execução penal acaba por viciar todo o sistema no seu eixo fundamental, justamente na sua maior conquista, consubstanciada no *princípio da jurisdição*, corroendo a essência garantista da execução da pena e causando *intolerável retrocesso institucional e humano*. Isto porque, principalmente depois da vitória de 1984, foram abandonados os projetos orientados pela “ajurisdionalidade” da execução penal, justamente porque neles

é eliminada a importante conquista do apenado, a execução penal enquanto *espaço de jurisdição*.

Doutra banda, também cabe destacar que, dez anos após a publicação da Lei 7.210/84, o Ministério da Justiça reafirmou, em 1994, o processo de jurisdicionalização quando da implementação das “Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil”.

Disso tudo resulta, por óbvio, que a proposta de projeto de lei aprovado pelo Consej está visivelmente na contramão da história do Direito de Execução Penal e do penitenciarismo como um todo.

Inegável que os pretendidos “acréscimos” ao artigo 73 da Lei de Execução Penal são, de fato, “circunstanciais”, pois atinentes aos casos de morosidade judicial. O texto disciplina que somente nos casos em que o julgamento dos processos nas Varas de Execuções Penais for *retardado por mais de 30 dias* a apreciação dos expedientes de benefícios regularmente instruídos restariam ao encargo da administração. Todavia, não se deve dar guarida a tal aberração, nem pela via da exceção.

Sintomático é que o mecanismo impõe temor aos juízes, pois endereça uma ameaça à judicatura. Ou, como muito bem cunhou o professor Nilo Batista, *a surda por decurso de prazo!* Em síntese, a proposta de projeto prevê que não sendo apreciado o pedido no lapso temporal, a Administração decidirá pelo juízo. Um *tribunal de ocasião* forjado por uma de atividade administrativa superveniente à condenação judicial.

Não é crível que se pretenda estabelecer uma espécie de término da atividade do Estado-jurisdição se o juiz não atuar no prazo de 30 *dias*. Não se pode olvidar que o apenado ainda está a cumprir pena sob a tutela judicial, não sendo delegável a tarefa de decidir sobre os seus direitos — mesmo que chamados equivocadamente de “benefícios” na proposta de projeto.

Vê-se, claramente, que o processo de jurisdicionalização inserto na Lei de Execução Penal objetiva tornar eficaz o princípio da legalidade, assegurando os direitos dos apenados a partir da tutela jurisdicional. Por isso, constou no artigo 1º [7] do texto legal o conteúdo jurídico da execução penal e no artigo 2º [8], que a jurisdição penal dos juízes ou Tribunais de Justiça originária será exercida, no processo de execução, na conformidade com a Lei e com o Código de Processo Penal. Além disso, o artigo 66 [9] estabeleceu expressamente a competência do juiz de execução penal, inclusive para decidir sobre os *direitos* do preso e, ainda, o artigo 194 [10] acabou por fixar o procedimento judicializado, restando, pois, as decisões sujeitas ao direito de recurso previsto no art. 197. [11]

É nítida, por conseguinte, a **incompatibilidade da proposta do projeto de lei com a essência da Lei de Execução Penal**. O projeto é fundado em uma patologia: invencível número de feitos penais. No entanto, a saída é escapista, por não atingir o núcleo do problema. O pseudo argumento garantista serve, na verdade, para **inverter ideologicamente o discurso sobre os direitos humanos** em sede de execução penal — pretendendo assegurar benefícios, exclui-se a jurisdição.

Além de clara violação sob a ótica legal — mácula ao *princípio da jurisdição* —, a medida trará nefastas conseqüências para o sistema penitenciário que, desde já, podem ser diagnosticadas, ao menos, empiricamente.

Em primeiro, ao contrário de terminar com a *tensão carcerária*, a pretendida alteração legislativa sugerida no Projeto Nagashi poderá produzir pânico no já sofrido ambiente carcerário. Haverá disputa entre os presos (e entre os seus advogados também) para que os pedidos sejam apreciados pelo juiz e não pelo carcereiro “de ocasião”, representante da Administração “do momento”.

O projeto estabelece prazo ao juiz, mas não o fixa para o administrador. Mais, a ordem de apreciação dos pedidos será estabelecida pelo administrador do estabelecimento penitenciário, ampliando seu poder sobre a massa carcerária, podendo atingir, inclusive, os direitos conquistados pelo apenado.

Outro aspecto que tende a aumentar a tensão carcerária é o fato de o administrador do estabelecimento decidir sobre a remoção do interno, estando a possibilidade de dificultar ao apenado o convívio familiar ao alvedrio da administração.

Em segundo, haverá discrepância de critérios, violação à isonomia, pois previsível que o tratamento do juízo não será o da administração, seja pela formação diferenciada do juiz e do administrador, seja pela pretendida

neutralidade/imparcialidade do juiz, que possui enorme responsabilidade política e social nas democracias modernas e que está bem distante do *jogo político* da administração pública que, mais das vezes, é alterada por posições ideológicas que dão suporte aos partidos e aos governos.

A própria nomeação dos direitos públicos subjetivos como "benefícios" na proposta legislativa é reflexo de ver-se o apenado como *objeto* e não como *sujeito*, ou seja: **pura lógica inquisitorial administrativa**.

Em terceiro, a administracionalização afasta o juízo do debate sobre os benefícios (que, como se disse, são direitos), sendo previsível o aumento da rede de corrupção das casas prisionais diante da proximidade do administrador-decisor com o administrado-interessado. Após o exame das questões que envolvem a proposta de projeto, pode-se atestar que se trata de um projeto que esconde a motivação real: aumento de poder nas relações intra-muros. O administrador deterá poder absoluto sobre a vida do encarcerado, aumentando a facilidade de corrupção estatal/institucional já patológica nos presídios.

Na realidade, o projeto prevê a criação de um novo sistema que estará a conviver com o sistema judicial. Dois sistemas diferentes: *judicial* e *administrativo*. Entretanto, existe um único possível. O sistema é, de fato, o rígido sistema de garantias da Lei de Execução Penal que foi, inclusive, constitucionalizado no que tange ao princípio da jurisdição e tantos outros dogmas.

Este sistema de *execução penal garantista* advém da existência de uma *relação biunívoca* entre garantias substanciais e instrumentais, assim como proposta, por exemplo, por Luigi Ferrajoli, a fim de estruturar um modelo 'utilitarista reformado' embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.[12]

Então, no modelo de democracia constitucional exsurge o *garantismo penal* como o sistema jurídico possível, escorado em duas órbitas de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais). As garantias são imprescindíveis tanto no plano estrutural como no plano funcional, na medida em que as garantias substanciais só serão efetivas quando objeto de uma instrumentalidade em que sejam asseguradas a imparcialidade, a veracidade e o controle. [13]

Segundo Ferrajoli, "*la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en matéria penal*"[14].

Vê-se, por todo o exposto, que é insuportável a idéia de criação de um sistema administrativo-paralelo por meio de alteração da própria Lei de Execuções Penais. Como é sabido, não se pode resolver problemas administrativos por via da lei penal ou de execução penal, como sucedeu com a Lei 9.714/98 — que aniquilou o sistema de penas construído na reforma penal de 1984.

Por outro lado, cabe lembrar que a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), bem como a lei que aumenta as penas para os delitos de falsificação de medicamentos, surgiram (casuisticamente) em ano eleitoral, como forma de produzir ilusão de segurança, por meio de maior repressão penal.

Por isso é que desde esta perspectiva, há de se criticar a proposta de projeto aprovada pelo Conseg, por sua total incompatibilidade com o sistema atual, fazendo coro com Gustavo Zagrebelsky quando afirma que "*el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo el derecho'*"[15].

## 5. A proposta de projeto de lei e a Constituição da República de 1988 – inconstitucionalidade

Além da proposta ser flagrantemente *incompatível* com o sistema judicializado estruturado pela Lei 7.210/84, nela identifica-se visível eiva de inconstitucionalidade.

Ao mesmo tempo em que a proposta de projeto de lei inclui um corpo estranho no atual sistema de execução penal e estabelece uma forma de *delegação da jurisdição* (se o juiz não apreciar o pedido no lapso de trinta dias), está negando o *princípio da jurisdição*, marco de todos os regimes democráticos. Esta espécie de denegação da jurisdição, em realidade é negação, pois revela negar ao preso o acesso à Justiça.

Como referido anteriormente, a Lei de Execução Penal é caracterizada essencialmente por sua *jurisdicionalidade* no tratamento das questões executórias, sendo esta, pós-Constituição da República de 1988, garantia constitucional inafastável.

A Constituição da República disciplinou os postulados que regem a liberdade individual em sede de execução penal, como também acolheu os preceitos básicos incluídos na Lei de Execução Penal, conduzindo a política penitenciária sob a égide de princípios pautados pelo respeito aos direitos do indivíduo sob a custódia do Estado.

Atualmente, a principiologia constitucional é base para o sistema de execução penal, servindo de diretriz aos aplicadores da lei, os juízes (e somente estes, por imposição constitucional). O Estado-juiz deve, então, zelar pelos direitos e garantias constitucionais — também e principalmente — na esfera da execução penal, mormente quando se sabe que é nesta fase que ocorre a maior intervenção na liberdade do indivíduo.

Adequada e justa a concepção adotada por J.J. Gomes Canotilho quando leciona que o princípio básico do Estado de direito é o da *eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes*. [16]

Como afirmam Canotinho e Vital Moreira, hoje está “definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária.” É inquestionável, segundo os autores, a jurisdição, vinculatividade e atualidade das normas constitucionais. “A constituição é, pois, um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira *lei superior do Estado*, que todos os seus órgãos vincula.” [17]

Por isto, a proposta de projeto de lei não segue o referencial constitucional, mormente no que tange aos princípios relativos à Jurisdição, fundamentalmente, *princípio do juiz natural*, *princípio da imparcialidade do juiz* e *princípio da indeclinabilidade*. Afinal, o texto constitucional prevê expressamente que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV, da CF) e que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*” (art. 5º, LIII, da CF).

Neste ponto, o desconhecimento da principiologia fundamental do processo penal – que foi tão bem exposta na doutrina nacional por autores como Paulo Cláudio Tovo e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho [18] – é visível no *disegno di legge*.

Além disto, a tarefa de interpretação da lei e sua aplicação ao caso penal concreto é atividade eminentemente judicial. No sistema de garantias não há espaço – como quer o projeto em exame – para qualquer ato administrativo que possa (tentar) romper com o atual sistema de direitos humanos constitucionalizados, logo, direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que o projeto de lei que delega jurisdição visando “**administracionalizar os benefícios da execução penal**” é inconstitucional pois viola o princípio da jurisdição e, por reflexo, o próprio princípio da legalidade penal e sua garantia processual, que Nicolaz Gonzales-Cuellar Serrano, monografista no tema, adverte que gera, também, uma *garantia jurisdicional executória* (princípio de garantia processual na fase da execução da pena, *nulla poena sine executione*). [19]

O Brasil, país em que o Estado social ainda não despertou, experimenta longa simulação de modernidade que, ao mesmo tempo em que não permite que se chegue ao pleno caos, enseja escândalos que fazem retroceder a história da humanidade no seu próprio curso (leia-se, por tudo, o repugnante RDD!). A execução penal no Brasil vive, talvez, um dos momentos mais dramáticos da história e uma destas hipóteses de manifestação de abuso de poder e de retrocesso é a proposta que impõe a administracionalização da execução da pena.

Não se deve admitir tamanho retrocesso, pois constitui função institucional do Juízo da Execução o zelo pela efetivação da Lei de Execução Penal e da Constituição da República sempre em defesa do cidadão preso.

## 6. Considerações finais

Em sua edição de novembro de 2005, o editorial do *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aborda com sensibilidade e competência o assunto dos “novos ataques à execução penal”.

O editorial observa que a partir da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), o regime do direito brasileiro de execução penal foi construído com base em três pilares fundamentais: 1º) Progressividade; 2º) Individualização; 3º) Jurisdicionalização.

Após analisar as vantagens da “progressividade na arquitetura original” da lei de execução penal, o texto indica os movimentos de regresso do sistema a partir dos anos 90.

Quanto à idéia da individualização — que deve existir nos três momentos do dinamismo penal, isto é, cominação, aplicação e execução da pena — o editorial o concebe como “um procedimento permanente de ajuste entre a pena e o condenado, tendo por método a classificação e por instrumento as comissões técnicas de interdisciplinares.

Atuavam essas comissões, segundo a arquitetura original da lei, seja pela classificação inicial (com os exames criminológico e de personalidade), seja pelos pareceres intercorrentes que instruíam decisões judiciais e administrativas capitais para o curso do processo. A partir da individualização, deixava a pena de ser um dado estanque ao longo da execução, reclamando-se, ao contrário, que ela se executasse de forma dinâmica, promovendo-se e aquilatando-se, desse modo, a capacidade e a disposição do condenado para interagir com a sociedade”. [20]

E a propósito do terceiro e último *pilar* da LEP, o editorial salienta que a jurisdicionalização da execução penal não indica, simplesmente, a presidência da execução por um juiz de Direito.

“Quando nos definimos pela *jurisdicionalização*, adotamos a fórmula do processo judicial, com todos os rigores, ônus e garantias que ela comporta. A jurisdicionalização implica a existência indispensável também do Ministério Público e do defensor na execução penal, com a interlocução de todos eles segundo postulados garantistas mínimos como o da ampla defesa e do contraditório. Ainda mais que isso, ela assegura o princípio publicístico para o mundo da execução penal, estatuinto que a execução da pena não se decide *intramuros*, nas rotinas burocráticas da Administração Pública, mas na transparência e na regularidade que somente o processo judicial pode assegurar e cumprir. Pensar em legalidade da execução penal à revelia da jurisdicionalização, portanto, seria verdadeiramente pretender o irrealizável, pois é óbvio que a Administração Prisional, com seus compromissos políticos imediatistas e não raramente eleitorais, jamais teria como estar adstrita a um tal programa. Nesse sentido, abrir mão da jurisdicionalização – isto é, abrir mão da definição da execução penal a partir do processo judicial e tudo o que ele implica – significa, em última análise, desistir derradeiramente da própria idéia de legalidade, fazendo a condição jurídica do condenado retornar a um estado grotesco de especial sujeição de poder do administrador, a quem se elegerá, nesse passe mágico, à condição de um soberano absoluto da sorte e do destino do outro.” [21]

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, consagrou o *regime disciplinar diferenciado*. Alterando a Lei de Execução Penal, o novo diploma prevê o recolhimento a cela individual pelo prazo de um ano, sem prejuízo de nova imposição “até o limite de um sexto da pena aplicada” (art. 52, I e II). O RDD nada mais é que um eufemismo usado para restaurar o malsinado *isolamento celular contínuo*, previsto pelo art. 30 do Código Penal em sua redação original. [22]

Com uma circunstância qualificada pelo arbítrio: enquanto no modelo do Código de 40, o isolamento não poderia exceder 90 dias, o novo regime tem os limites mínimo e o máximo típicos de uma programa institucional de tortura: 360 dias até um sexto do total da pena!

Para ilustrar a marginalização da *sucursal do inferno*, representada pelo *Regime da Desesperança* (RDD) introduzido ao arrepio das conquistas da Constituição de 1988 e da Lei de Execução Penal que a antecedeu, nada melhor que o depoimento pessoal de Fiodor Dostoiévski (1821-1881). Relatando as suas memórias do cárcere, na intensidade dos maiores sofrimentos, o imortal escritor russo disse que “o famoso sistema celular só atinge, estou disto convencido, um fim enganador, aparente.

Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquece-lhe a alma, amesquinha-o, aterroriza-o, e, no fim, apresenta-no-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semi-louca” (*Recordações da casa dos mortos*).

Foi também em São Paulo (de onde surge o Projeto Nagashi) que se realizou, em fevereiro de 1975, o V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, nos salões e espaços históricos das Arcadas. Os profissionais e estudiosos discutiram as propostas legislativas de reforma do sistema criminal, incluindo o Código Penal de 1969, revisto em 1973 [23] e os anteprojetos do Código de Execuções Penais e de Processo Penal. O seu coordenador científico foi o mestre Manoel Pedro Pimentel, catedrático de Direito Penal e escolhido secretário de Estado da Justiça. [24]



A conclusão 15ª aprovada por aquele evento foi a seguinte: “A execução da pena deve ser feita sob um *sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao Juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional* e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela condenação”. [25] (Grifos nossos).

Aquela conclusão resultou da proposta do professor René Ariel Dotti, autor da tese *As novas dimensões na execução da pena*. [26]

À reunião de Secretários de Justiça em novembro de 2005, que aprovou a proposta da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, compareceram 17 titulares. Votaram contra o Projeto Nagashi: Acre, Amazonas, Bahia, Distrito Federal e Rio Grande do Sul.

Trata-se de um início de uma salutar reação para resguardar o princípio constitucional do acesso à jurisdição e seus consectários lógicos, entre eles, a preservação da dignidade humana elevada à categoria de fundamento da República e, em especial, o respeito à integridade física e moral do presidiário.

Não será com a supressão de direitos e garantias que se conseguirá resolver o grave problema do sistema carcerário nacional e o congestionamento das varas de execução criminal ou daquelas que têm competência cumulativa. Essa *ideologia da mutilação* constitui uma grave tentativa no cenário e na história dos Direitos Humanos e gera o perigo de restrições de direitos civis e políticos declarados na Constituição e textos internacionais sempre que as estruturas administrativas de implementação revelarem as suas carências e impossibilidades. Mas o remédio para o conflito entre os direitos e a crise de administração jamais poderá ser a supressão daqueles e sim o fortalecimento das condições desta.

Como é curial, a violação dos direitos e garantias da pessoa presa está, geralmente, na base de todas as rebeliões carcerárias. Daí porque, o controle jurisdicional da execução da pena deve ser contínuo e sem prejuízo das atividades administrativas.

O juiz, a administração, o Ministério Público, a Defensoria e a comunidade são as expressões de força e esperança para atenuar, enquanto não seja possível reverter, as imensas dificuldades do sistema penitenciário.

Mas, invocando Sófocles quando aguardava a salvação dentro da tragédia, resta dizer: “*Todos ao trabalho, porque a lição do humanismo primigênio é que entre tantas coisas maravilhosas, a grande maravilha é o homem, o grande o pequeno; o pequeno protegido pelo grande e o grande ajudado pelo pequeno. Eis aí um bom muro*”. [27]

## **MAT**

### **Movimento Antirerror [Legal]**

## **ITEC/RS**

### **Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**

### **Associação Juízes para Democracia**

## **ABPCP**

### **Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**

## **IBCCRIM**

### **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**

## **AASP**

### **Associação dos Advogados de São Paulo**

### **AIDP – Grupo Brasileiro**

### **Associação Internacional de Direito Penal**



ICC

Instituto Carioca de Criminologia

IDDD

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Movimento da Magistratura Democrática Fluminense

MMPD

Movimento do Ministério Público Democrático

ARP

Associação pela Reforma Prisional

Instituto Pro Bono

Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Instituto Brasileiro de Execução Penal

Instituto de Criminologia de Pernambuco

[1] In DOTTI, René Ariel, *Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura*, 2ed, Curitiba: Juruá, 2005, p. 29-30. A Carta de Princípios do Movimento Antiterror foi publicada em diversos periódicos nacionais, destaca-se a *Revista de Estudos Criminais*, pub. do ITEC/PUCRS, POA: Notadez Editora, n° 10, 2003, p. 07 et seq.

[2] Item 10 da Exposição de Motivos da Lei n° 7.210/84. Outros itens da Exposição de Motivos também são importantes para compreensão da superação da administracionalização, por exemplo: **Item 15:** A autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a “jurisdição penal dos juizes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”. **Item 90:** Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a “individualização administrativa”, Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, “ porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um” (*L’individualisation de la peine*, Paris, 1927, p. 267/268). **Item 91:** O rigor metodológico dessa *divisão de poderes* tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do *direito penitenciário* como disciplina abrangente de todo o processo de execução. **Item 93:** Esse juízo especializado já existe, entre nós, em algumas Unidades de Federação. Com a transformação do Projeto em lei, estamos certos de que virá a ser criado, tão celeremente quanto possível, nos demais Estados e Territórios. **Item 71:** Pode-se afirmar com segurança que a execução, no processo civil, guarda mais fidelidade, aos limites da sentença, visto que se movimenta pelos caminhos rigorosamente traçados pela lei, o que nem sempre ocorre com o acidentado procedimento executivo penal. A explicação maior para essa diferença de tratamento consiste na previsão de sanções específicas para neutralizar o excesso de execução no cível-além da livre e atenuante presença da parte executada-, o que não ocorre quanto à execução penal. A impotência da pessoa ou internado constitui poderoso obstáculo à auto-proteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso do poder.

[3] Item 12 da Exposição de Motivos da Lei n° 7.210/84.

[4] *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal*, RJ: Forense, 1985.

[5] *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo penal de Luigi Ferrajoli no Brasil*, 2ed, RJ: Lumen Juris, 2003.

[6] “Avanços e retrocessos”, in ANDREUCCI, Ricardo, Rubens Prestes BARRA (coord), *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, SP: RT, 1991, p. 275.

[7] Art. 1º: *A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

[8] Art. 2º: *A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.*

[9] Art. 66: *Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declarar extinta a punibilidade; III – decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei. VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade. X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003)*

[10] Art. 194: *O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.*

[11] Art. 197: *Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.*

[12] *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1997, p. 537.

[13] Op. cit., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 537.

[14] Id. Ibid.

[15] *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2 ed., Madrid: Trotta, 1997, p. 153.

[16] *Cadernos democráticos, Estado de Direito*, Lisboa: Gradiva, 1999, p. 9.



[17] *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 43.

[18] TOVO, Paulo Cláudio. *Introdução à principiologia do processo penal brasileiro*. in Estudos de direito processual penal, Paulo Tovo (org.) Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1995, p. 9-62. COUTINHO, Jacinto N. M. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”, *Revista de Estudo Criminais*, pub. ITEC/PUCRS, POA: Notadez, n° 01, 2001, p. 26 *usque* 51.

[19] *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, p. 71.

[20] “Novos ataques à execução penal: A proposta de quebra da jurisdicionalização”, em *Boletim*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n° 156, novembro de 2005, p.1.

[21] “Nos ataques à execução penal”, cit., *Boletim*, p. 2.

[22] “No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitirem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses”.

[23] Dec.-lei n° 1004, de 21.10.1969 e Lei n° 6.016, de 31.12.1973.

[24] O mandato iniciou-se em 15.03.1975 e findou em 15.03.1979 (Governo de Paulo Egydio Martins). Mais tarde, no Governo Franco Montoro, o Professor Manoel Pedro Pimentel foi Secretário de Estado da Segurança Pública (15.03.1983 – 10.09.1983).

[25] As conclusões do aludido Congresso foram publicadas pela Revista de Direito Penal, editada pela Revista dos Tribunais, n°s 17/18, de jan/jun. 1975, p. 132/133.

[26] Curitiba: Editora Lítero Técnica, 1975, p. 92.

[27] *Antígona*, primeiro episódio, Canto do Coro.

Fonte: [https://conjur.jumps.com.br/2006-mar-20/entidades\\_criticam\\_interferencia\\_execucao\\_penal/](https://conjur.jumps.com.br/2006-mar-20/entidades_criticam_interferencia_execucao_penal/)