

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

MELINA ALONSO SCHERMA

**PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO DE
EXECUÇÃO PENAL**

Ribeirão Preto - SP
2012

MELINA ALONSO SCHERMA

PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Departamento de Direito Público.
Área de concentração: Processo Penal e Execução Penal.
Orientador: Prof. Dr. Claudio do Prado Amaral.

Ribeirão Preto - SP
2012

Ficha catalográfica

SCHERMA, Melina Alonso

Princípios do Devido Processo de Execução Penal / Melina Alonso Scherma. Ribeirão Preto-SP: USP-FDRP / 2012.

80 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Claudio do Prado Amaral

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

1. Princípios da Execução Penal. 2. Processo Penal. I. Amaral, Claudio do Prado. II. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Graduação em Direito. III. Título.

Nome: SCHERMA, Melina Alonso

Título: Princípios do Devido Processo de Execução Penal

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto, da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ **Instituição** _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição** _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição** _____

Julgamento _____ **Assinatura** _____

MELINA ALONSO SCHERMA

Agradeço, primeiramente, a Deus.

Agradeço, também, meu orientador Claudio do Prado Amaral, pelas diretrizes dadas. E, ainda, meus pais e meu namorado, os quais sempre me ajudaram em tudo que precisei.

“As algemas, também as algemas são um emblema do direito, talvez, pensando bem, o mais autêntico de seus emblemas, ainda mais expressivo que a balança e a espada. É necessário que o direito não nos ate as mãos”.

FRANCESCO CARNELUTTI

RESUMO

O intuito da presente pesquisa é demonstrar que os princípios consagrados na Constituição Federal, em decorrência da opção por um Estado Democrático e de Direito, incidem também na seara da execução de penas. Assim, busca-se, minimamente, sistematizar o estudo desse ramo, afastando diversos conceitos que ainda estão arraigados entre os operadores do direito, mas que não se coadunam com a axiologia do ordenamento jurídico atual. Para tanto, a pesquisa perpassa por um estudo dos princípios constitucionais, transplantando-os para a Execução Penal, bem como por uma análise jurisprudencial que objetiva evidenciar a necessidade de conscientização dos juristas, dos legisladores e da coletividade no tocante ao cumprimento de penas, sugerindo, ao final, dois enfrentamentos que possam, de alguma maneira, contribuir para que a dessocialização e a realidade contraproducente da pena diminuam.

Palavras-Chave: princípios constitucionais, processo penal, execução penal, jurisdicionalização, legalidade, contraditório e ampla defesa, individualização, humanização.

ABSTRACT

The purpose of this research is to demonstrate that the principles enshrined in the Federal Constitution, due to the choice of a Democratic Rule of Law State, also focus on the bailiwick of Penal Execution. Thus, aims, minimally, to systematize the study of this branch, away from the several concepts that are still entrenched among jurists, but that are not consistent with the axiology of the current Brazilian legal system. For this, the research goes through a study of constitutional principles, transplanting them to the Execution Penal, as well as a jurisprudential analysis that seeks to demonstrate the need for awareness of lawyers, legislators and community regarding to enforcement of the penalty of imprisonment, suggesting, at the end, two confrontations that may, somehow, contribute to decrease the desocialization and counterproductive sanction reality.

Keywords: constitutional principles, criminal procedure, penal execution, judicialisation, legality, adversary system and full defense, individualisation, humanizing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS	11
3. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS POSITIVADOS NA EXECUÇÃO PENAL	18
3.1. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL: O PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE	27
3.1.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO NA EXECUÇÃO PENAL.....	38
3.2. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL.....	43
3.3. PRINCÍPIO-GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	48
3.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	55
3.5. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	61
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1. INTRODUÇÃO

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter instaurado um Estado Democrático de Direito, vive-se um momento democrático incipiente e com instituições ainda frágeis, de modo que os princípios constitucionais, recentemente bastante valorizados no meio acadêmico, são muitas vezes ignorados na prática dos tribunais. Tal situação de desrespeito às garantias constitucionais mostra-se ainda mais grave quando se trata do direito à liberdade.

Parte do sistema penal é marcado por leis editadas em períodos anteriores à atual Carta Magna, algumas delas sob a égide de regimes de exceção, como é o caso da Lei de Execuções Penais. Embora tal lei contenha normas consideradas avançadas, principalmente no tocante às condições dos estabelecimentos penais, cuja relevância e necessidade de observância perduram até o atual momento, contém também normas que precisam ser repensadas à luz dos princípios e garantias constitucionais assegurados pela Constituição Federal, em especial no que se refere ao procedimento de concessão de progressão de regime e de benefícios em geral, como também ao procedimento de apuração de faltas disciplinares. Em afronta ao ordenamento, direitos outros que não a liberdade são restringidos veladamente.

Mas não é só: a carga valorativa do sistema jurídico deve incidir em toda e qualquer interpretação da lei e do caso concreto posto em discussão na seara do cumprimento de penas, buscando sempre a concretização e alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, e de modo peculiar o desenvolvimento nacional. Por isso o objetivo de ressocialização, ainda que diante de muitas críticas em face da real situação dos presídios, deve ser tido como um escopo a ser perseguido com vistas a melhorar o tratamento executivo da sanção penal.

Transcendendo ao campo normativo, a Execução Penal apresenta problemas concernentes à efetividade dos direitos já assegurados, problema esse que perpassa pelo âmbito dos três Poderes Constituídos e da Sociedade Civil, evidenciando a premência de atuação em conjunto, aceitação e assunção de corresponsabilidades.

A situação dos cárceres é agravada em razão da falta de interesse jurídico, social e político pelo tema. O apenado ainda é visto como a pessoa que deve viver à margem da sociedade, mesmo que tenha cumprido a sanção imposta pelo Estado, carregando de forma perene o estigma de “ex presidiário”, levando à reflexão se de fato existe a proscrição de penas de caráter perpétuo, como determina a Lei Maior.

A análise crítica e à luz das regras e princípios constitucionais tanto da legislação quanto das condições de habitação dos estabelecimentos penais aqui proposta denota que o arcabouço jurídico regente da Execução Penal, bem como a dogmática jurídico-penal incidente na fase executiva, estão imbuídos de incompatibilidades com a atual axiologia do ordenamento.

2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Segundo J. J. Gomes Canotilho¹, Constituição é definida como “*conjunto de textos de normas* estabelecido por um poder normativo-constituinte legítimo e ao qual se pode imputar a criação de normas jurídico-constitucionais”, consoante a teoria clássica da constituição. Ela é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, conforme Kelsen², trazendo a conformação político-jurídica do Estado. E, como tal, tem primazia normativa e caráter fundacional.

A Constituição assume uma posição hierarquicamente superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico, do que decorrem algumas características. Primeiramente, a Constituição traz uma autoprimeirazia normativa, que significa que ela não tem sua validade derivada de outras normas, sendo portadora de um normativo formal e material superior, que implica a existência dos princípios da hierarquia, no qual nenhuma norma inferior pode estar em dissonância com uma norma superior; e da constitucionalidade, em que uma norma infraconstitucional não pode estar em desconformidade com regras e princípios constitucionais. É, também, fonte de produção de outras normas, na medida em que as normas hierarquicamente inferiores retiram sua validade das normas superiores, que, em certa medida, conformam o conteúdo daquelas. Apresenta uma força heterodeterminante, podendo ora assumir o papel de determinante negativa, limitando as normas hierarquicamente inferiores, e ora o papel de determinante positiva, regulando parcialmente o próprio conteúdo das normas hierarquicamente inferiores, trazendo tanto conformação formal quanto material. Essa característica assume relevante função diretiva, na medida em que a interpretação dos demais ramos do direito não pode estar divorciada dos mandamentos constitucionais. Tem, ainda, natureza supra-ordenamental, trazendo unidade a todo o ordenamento jurídico. Por fim,

¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1117.

² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

(...) A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadasumas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.

apresenta força normativa, isto é, vinculante, com efetividade e aplicabilidade, afastando-se as teses do fim do século XIX que atribuíam à Constituição força meramente declaratória.

J. J. Gomes Canotilho³ afirma que o traço distintivo da norma constitucional em relação às demais normas é o seu caráter aberto, impondo uma atuação criativa e concretizadora do intérprete. *In verbis*:

(...) *Se a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas. O carácter aberto e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora dos 'intérpretes da constituição', começando pelo legislador (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da 'direcção política' quer na qualidade de órgão que dirige, superintende e/ou tutela a administração pública. A constituição é uma lei como as outras, mas é, também já o dissemos, uma lei-quadro. Isto explica a assinalável liberdade de conformação dos órgãos político-legislativos encarregados da concretização das normas constitucionais.* (...) [Destaque no original]

A fim de alcançar seu objetivo, qual seja, delinear o perfil do Estado, a Constituição se constitui necessariamente de um sistema normativo aberto de regras e princípios. Sistema, pois presentes as características da ordem e da unidade⁴; normativo, uma vez que a estruturação dos valores, funções, pessoas e programas é feita através de normas; aberto, em razão de as normas constitucionais trazerem uma estrutura dialógica, capaz de captar as mudanças da realidade social; de regras e princípios, podendo as normas ser tanto regras quanto princípios.

Faz-se necessária uma distinção entre normas regra e normas princípio com o fito de se verificar sua aplicabilidade e incidência nos demais ramos do direito. A metodologia tradicional fazia uma distinção entre normas e princípio. Adotar-se-á, no entanto, a classificação que toma as regras e princípios como espécies do gênero norma.

Neste sentido, Robert Alexy⁵ explica que ambos são normas, pois estão no plano do dever ser:

³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional: e teoria da constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 12.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 83.

(...) Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. (...)

Não é tarefa fácil fazer uma distinção entre as duas espécies de norma, podendo-se, tão somente, apresentar alguns critérios diferenciadores: a) grau de abstração: os princípios são normas de elevado grau de abstração; diversamente, as regras são normas de abstração reduzida; b) grau de determinabilidade: os princípios, para serem aplicados ao caso concreto, precisam da mediação de juízes, legisladores, ao passo que as regras têm aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade: “(...) os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).”⁶; d) proximidade da ideia de direito: os princípios são padrões juridicamente vinculantes pautados na ideia de justiça (segundo Dworkin) ou na ideia de direito (segundo Larenz); as regras podem ser normas que vinculam tendo um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são o fundamento das regras, estão na base e constituem a *ratio* das regras jurídicas, tendo, portanto, natureza fundante⁷.

Não obstante todos esses critérios, Alexy considera que há uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, critério este que permite seja feita uma precisa distinção entre as espécies de normas. Esta diferença qualitativa consiste no fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São, pois, mandamentos de otimização⁸.

⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional: e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional: e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo- depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

As regras, por sua vez, são normas que podem ser cumpridas ou não, que contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Há uma determinação exata, nem mais nem menos.

Então, os princípios, por serem “exigências de otimização”, permitem o balanceamento ou sopesamento de valores ou interesses, fazendo-se ponderação com os demais princípios eventualmente conflitantes; as regras, por seu turno, obedecem à lógica do “tudo ou nada”, não há espaço para outra solução, devendo ser aplicada na estrita relação de suas prescrições, nem mais nem menos. Os princípios são padrões, exigências, que devem ser realizados; as regras, por sua vez, trazem fixações normativas definitivas, não sendo possível a validade simultânea de regras contraditórias, suscitando problemas de validade, que são resolvidos mediante critérios, tais como, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, ou então conforme a importância das regras em conflito. Já os princípios trazem problemas de validade e peso, na medida em que, diante de um conflito, não implica declarar inválido um princípio em detrimento de outro, nem que há necessidade de introduzir uma cláusula de exceção, mas sim que aquele princípio, naquela situação, precede o outro, podendo ter solução completamente inversa quando presentes circunstâncias concretas distintas⁹. Robert Alexy¹⁰ fala em uma relação de precedência condicionada:

(….) *La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.(…)*

A existência de regras e princípios nos permite afirmar que o sistema constitucional é um sistema aberto de regras e princípios. Se fosse constituído somente por regras, sua racionalidade prática estaria limitada, pois seria indispensável que todas as situações estivessem disciplinadas exaustiva e completamente na lei, levando a cabo um legalismo

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 87.

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimante en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 92.

exacerbado. Seria certamente um sistema com elevado grau de segurança e previsão, mas sem espaço para a complementação e o desenvolvimento, conforme a evolução da realidade social subjacente. Não se poderia fazer um balanceamento de valores e interesses à luz de uma sociedade pluralista e aberta. Não seria ideal, também, um sistema só de princípios, tendo em conta que a indeterminação dos conceitos conduzir-nos-ia a um sistema com grande insegurança jurídica e incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. O sistema jurídico, então, deve conter regras e princípios.

Pode-se falar em uma tipologia de regras e princípios, classificando-os didaticamente. Uma distinção clássica das regras as classifica em regras jurídico-organizatórias e regras jurídico-materiais.¹¹

As regras jurídico-organizatórias se subdividem em: a) regras de competência, que são aquelas que estipulam atribuições a determinados órgãos constitucionais; b) regras de criação de órgãos, cuja finalidade é regular a criação e instituição de órgãos constitucionais e c) regras de procedimento, que asseguram a escorreita formação da vontade política e exercício das competências constitucionalmente estabelecidas.

As regras jurídico-materiais, por conseguinte, subdividem-se em: a) regras de direitos fundamentais, que reconhecem, asseguram ou conformam direitos fundamentais aos cidadãos¹²; b) regras de garantia institucionais, visando proteger instituições públicas ou privadas, tutelando formas de vida social ou organizacional indispensáveis ao desenvolvimento do cidadão¹³; c) regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, que são

¹¹ Essa distinção remonta à doutrina constitucionalista alemã do período de Weimar que estipula que as regras organizatórias seriam aquelas que têm aptidão de regular a organização do Estado, ao passo que as jurídico-materiais seriam as que regulam a relação do Estado com os indivíduos. J. J. Gomes Canotilho critica essa distinção, pois atribui conteúdo material somente ao segundo tipo de regra, negando essa faceta ao primeiro. Embora seja passível de crítica, essa classificação que, como toda classificação é meramente didática e falha, é útil na medida em que sistematiza os conceitos e permite que sejam trazidos para a seara da execução penal.

¹² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1170.

Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (...).

A importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos.

¹³ Tome-se como exemplo a proteção da família como instituição, assegurando como direito fundamental o direito de constituir família e contrair casamento (artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988: “A **família**, base da sociedade, **tem especial proteção do Estado**”. Grifo nosso). Protegem as instituições não para que ‘instituições naturais’ – isto é, um dado fato social, um conceito cuja sociedade atribui valor – sejam mantidas e, assim, conservadas imutavelmente, mas sim para proteger tais instituições da ingerência arbitrária do Estado, indiretamente protegendo os cidadãos.

As garantias institucionais contribuem para dar uma ótima efetividade aos direitos fundamentais (são meio) e, mediataamente, se prestam para fixação e estabilização de entes institucionais.

os preceitos constitucionais determinantes de tarefas e fins prioritários do Estado, que muitas vezes se relacionam com a realização e garantia de direitos fundamentais e d) regras constitucionais impositivas, que são verdadeiras ordens de legislar, vinculando todos os Poderes Constituídos e órgãos estatais – sobretudo o Legislativo – fixando permanente e concretamente o cumprimento de determinadas tarefas, direcionando, inclusive, seu conteúdo material¹⁴.

Os princípios também comportam subdivisão, podendo-se traçar uma tipologia classificando-os em: a) princípios jurídicos fundamentais, que são os positivados por meio de um processo histórico, tendo já sido introduzidos na consciência jurídica, exercendo função de interpretação, integração e aplicação do direito; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores, isto é, aqueles que trazem a carga de valoração política do constituinte e, por conseguinte, delineiam o perfil do Estado; c) princípios constitucionais impositivos, que impõem a realização de fins e consecução de tarefas aos órgãos estatais e d) princípios-garantia, que instituem imediata e diretamente garantias aos cidadãos, sendo vinculantes ao legislador¹⁵.

A integração entre regras e princípios constitucionais obedece a um esquema lógico de grau de concretização, na medida em que essas normas apresentam nível de concretude diversos, devendo, então, partir-se do mais abstrato até ao mais concreto, a fim de alcançar a densificação necessária para que a norma esteja apta a ser aplicada ao caso concreto. Desse processo de densificação participam, inclusive, a atividade legislativa e jurisprudencial.

Parte-se, assim, de princípios estruturantes, que são as diretrizes básicas da ordem constitucional; estes são concretizados por princípios constitucionais gerais que, do mesmo modo, adquirem maior grau de materialidade pelos princípios constitucionais especiais, chegando-se, por fim, às regras constitucionais. Saliente-se que não necessariamente seguem a ordem do mais abstrato para o mais concreto, podendo seguir a direção inversa, formando,

BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

¹⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1169-1173.

¹⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1165-1167.

nas palavras do constitucionalista português Gomes Canotilho¹⁶, um processo de “esclarecimento recíproco”¹⁷.

A despeito de ser uma classificação com cunho eminentemente didático, ela mostra sua relevância para a análise dos outros ramos do direito, em especial o da execução penal, o que será apreciado oportunamente.

Importante ressaltar a aplicabilidade das normas constitucionais. Ao revés do que preconizado no século XIX, a Constituição Federal tem força vinculante, em função de seu caráter de direito positivo. As normas constitucionais são, portanto, dotadas de efetividade, e como tal, devem concretamente “regular as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos (...)"¹⁸. Têm, pois, aplicabilidade direta, no sentido de que valem diretamente contra eventual lei que a contradiga, não se limitando à necessidade de intervenção legislativa. De forma mais clara, mesmo que não haja intervenção legislativa, ainda assim há que se reconhecer que as normas constitucionais têm aplicabilidade direta a fim de serem aplicadas em detrimento de lei que contrarie seu conteúdo.

Nas palavras de Gomes Canotilho¹⁹,

(…) *Aplicação directa não significa apenas dizer que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (...). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição. (...)*

¹⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1175.

¹⁷ Esse processo de “esclarecimento recíproco” reporta ao círculo hermenêutico. Segundo Richard E. Palmer, ao explicar Dilthey e sua contribuição para a hermenêutica, faz referência ao círculo hermenêutico: (...) *As operações de compreensão são consideradas por Dilthey enquanto ocorrendo no interior do princípio do círculo hermenêutico já enunciado por Ast e Schleiermacher. O todo recebe a sua definição das partes, e, reciprocamente, as partes só podem ser compreendidas na sua referência ao todo. O termo ‘sentido’ é crucial em Dilthey: o sentido é aquilo que a compreensão capta na interacção essencial recíproca do todo e das partes.* PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 124.

¹⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1176.

¹⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1179.

3. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS POSITIVADOS NA EXECUÇÃO PENAL

Por ser a Constituição Federal o fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico, bem como o meio idôneo a configurar política e juridicamente o Estado, suas regras e princípios incidem em todos os ramos do Direito. Ademais, o ordenamento jurídico é um sistema²⁰, e como tal deve ser interpretado.

J. J. Gomes Canotilho²¹ enfatiza o caráter escalonado da ordem jurídica, tendo no ápice da pirâmide a Constituição, da qual emanam as demais normas:

(...) A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas. No seu conjunto, a ordem jurídica é uma 'derivação normativa' a partir da norma hierarquicamente superior, mesmo que se admita algum espaço criador às instâncias hierarquicamente inferiores quando concretizam as normas superiores.

Neste sentido, o processo de interpretação, que é pautado por diversos critérios, tem de passar pela interpretação conforme à Constituição. Isso porque a interpretação não está delegada ao talante do intérprete, mas deve se guiar em critérios concretos, tornando-a um

²⁰ Adotar-se-á, no presente trabalho, o conceito de sistema de Canaris no sentido de que o sistema jurídico apresenta ordem e unidade, estes guardando relação com elementos axiológicos e teleológicos. CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Embora se parta do pressuposto kelseniano de que o ordenamento é escalonado, deve-se fazer a devida ressalva de que sua tese estava voltada para a Ciência do Direito, eminentemente descriptiva, e não para o direito como fenômeno da realidade social, dinâmico, e prescritivo. Desse modo, acredita-se que o entendimento da Ciência do Direito como sistema escalonado, cuja figura emblemática é a pirâmide, na qual tem no vértice a Constituição e da qual derivam as demais normas do ordenamento, quando transplantada para o Direito como realidade social, não é excludente da interpretação de que o Direito sofre influências de outros ramos do conhecimento. O Direito necessariamente é um sistema aberto, formado de regras e princípios, espécies de normas, que, quando aplicadas harmonicamente, viabilizam o caráter dialógico das normas constitucionais. A abertura do sistema e sua capacidade de apreensão da realidade social, dialogando, imprescindivelmente, com outros ramos do conhecimento, não eliminam a primazia da Constituição em face das demais normas, nem as consequências apontadas de tal pressuposto, isto é, as de que as normas hierarquicamente inferiores devem estar em consonância com as normas constitucionais, de hierarquia superior, formal e materialmente.

Os fins e valores que integram a ordem e unidade do sistema devem e estão consagrados na Constituição Federal, cujo teor traz a conformação político-jurídica do Estado, como ressaltado anteriormente.

²¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1151.

processo seguro e comprovável. Os critérios não atuam isoladamente, devendo sempre ser considerados em conjunto²².

Interpretar, nas palavras de Karl Larenz²³, é “(...) ‘uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático’(...)’.” O termo “interpretação” refere-se a desentranhamento, tendo, então, por meio dessa atividade, um afloramento do sentido oculto do texto, sentido este que está limitado pelo disposto no próprio texto, não sendo legítimo ao intérprete atribuir acréscimos ou omissões para além do enunciado. Além disso, a interpretação não tem os atributos da definitividade e da validade em definitivo. Não tem o primeiro atributo em função de a problematização apresentada para o intérprete sofrer constante influência das transformações das relações da vida. O segundo atributo também não se faz presente pelo fato de a interpretação estar sempre voltada à totalidade do ordenamento jurídico e aos parâmetros de valoração que lhe circundam.

E essa atividade recai sobre um objeto, que pode ser tanto a vontade do legislador, conforme propugna a teoria subjetivista, ou a vontade da norma, que transcenderia à vontade do legislador, consoante a teoria objetivista. Encontra-se parcela de razoabilidade em ambas as teorias: a primeira, ao considerar a vontade do legislador como objeto da interpretação, parte do pressuposto de que a lei é formada por homens, sendo expressão de uma vontade finalisticamente voltada à criação de uma norma jurídica, buscando alcançar um ideal de justiça e, na medida do possível, atender às necessidades sociais; e a segunda, ao entender que o objeto da interpretação é a vontade da norma, toma como postulado a acertada constatação de que a lei, quando aplicada, transcende a vontade do legislador, pois incide em situações da vida em constante transformação, sofrendo influência do decurso do tempo, adquirindo, cada

²² Larenz esclarece que Savigny já fazia referência aos critérios de interpretação, porém não os considerava incompatíveis: (...) Já *SAVIGNY* distinguia os elementos ‘gramatical’, ‘lógico’, ‘histórico’ e ‘sistématico’ da interpretação. E assinalava já também que esses distintos elementos não podiam ser isolados, mas deviam sempre actuar conjuntamente. Nos critérios de interpretação, (...), não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado). Certamente que os diversos critérios, como o sentido literal, e também, frequentemente, a conexão de significado da lei, deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação; outros, frequentemente, não funcionam porque, por exemplo, o entendimento da norma por parte do legislador histórico já não é possível de se constatar. Não raramente, necessita-se de uma ‘ponderação’ de diferentes pontos de vista.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450.

²³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 439.

vez que se passa um longo período, vida própria e distante da intenção originariamente emanada²⁴.

Assim, o ideal é a adoção de uma teoria mista, conforme propõe Karl Larenz²⁵:

(...) *Na lei, como objectivação da vontade do seu autor dirigida à criação de uma regulação jurídica – ou de uma regulação jurídica parcial –, confluem tanto as suas ideias ‘subjectivas’ e metas volitivas, como certos fins e imperativos jurídicos ‘objectivos’, em relação aos quais o próprio legislador não necessita de ter consciência ou de a ter em toda a sua amplitude. Quem quiser compreender plenamente uma lei tem de ter uns e outros em atenção. Todo o legislador tem que partir das ideias jurídicas e também das possibilidades de expressão da sua época; vê-se confrontado com determinados problemas jurídicos que, por seu lado, resultam das relações da sua época. Com o decurso do tempo, certas questões perdem importância, e outras vêm a surgir. Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. A interpretação tem isto em conta; acontece com isto que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo (histórico). Todavia, está presa à sua origem. A interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal, a não ser que estejam em contradição com as ideias rectoras da Constituição actual ou com os seus princípios jurídicos reconhecidos.*

Podem ser apontados os seguintes critérios de interpretação: a) sentido literal; b) contexto significativo da lei; c) intenção do legislador; d) elementos teleológicos-objetivos e e) interpretação conforme à Constituição²⁶.

O sentido literal deve ser ponto de partida de toda interpretação, isto é, partir-se da identificação do significado do termo ou do conjunto de termos no uso linguístico geral ou no uso jurídico especial. Deve se ter em conta que o Direito, em certa medida, faz parte do cotidiano das pessoas, por ser expressão da realidade, estando sempre em contato com ela. Desta feita, é uma hipótese especial de linguagem de uso geral, devendo sua interpretação ser começada pelo vulgar uso da palavra pelo povo. Posteriormente, segue-se à aferição de um significado especial e técnico, buscando o significado jurídico do termo, sempre tendo em conta que as expressões, na maioria dos casos, não são unívocas, devendo-se retirar o significado a partir do discurso.

²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 446.

²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 447-448.

²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450 e ss.

Já o contexto significativo da lei consiste na escolha do significado de um termo à luz do contexto no qual ele está inserido. A técnica legislativa, muitas vezes, exige a observância de tal critério, em função da restrição ou ampliação de uma norma por outra ou então da remissão de um texto normativo a outro. Esse elemento de interpretação assume, ainda, uma relevante função de trazer confluência material às diversas disposições normativas. Esse critério só é possível se estiver conexo às opções valorativas e princípios reitores do sistema.

A vontade do legislador, por seu turno, é o elemento histórico da interpretação. Legislador, aqui, não se trata de uma pessoa individualizada, mas sim a intenção reguladora, fins e valores que se buscam concretizar na aprovação da norma²⁷. Esse critério mostra-se útil, também, quando se tem de cogitar dos fins do legislador, quando estes não estão expressados no texto. A investigação dos fins da norma é de suma relevância para a aplicação do direito, pois eles devem orientar a concretização, devendo se optar pelo sentido que se coaduna ao fim da norma e, concomitantemente, esteja em consonância com os fins erigidos pela Constituição.

Os elementos teleológicos-objetivos confundem-se com os fins gerais do Direito, quais sejam, a manutenção da paz e a positivação de uma ordem jurídica adequada e justa que possilita, em decorrência, uma solução igualmente adequada e justa ao caso concreto. São os padrões ético-jurídicos de correção ou a chamada justiça material.

Além dos padrões ético-jurídicos que devem orientar a interpretação, especial importância merece ser dada aos princípios de nível constitucional. Trata-se da interpretação conforme à Constituição, que impositivamente deverá ser observada quando da leitura da legislação infraconstitucional, bem como das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Neste sentido é a clara afirmação de Karl Larenz²⁸:

(...) *Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida.* (...).

²⁷ (...) *Só os fins, estatuições de valores e opções fundamentais determinados na intenção reguladora ou que dela decorrem, sobre os quais, de facto, os participantes no acto legislativo tomaram posição, podem ser designados como ‘vontade do legislador’, que se realiza mediante a lei.* (...)

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 464.

²⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 479.

Pode-se afirmar que esse critério de interpretação é a síntese dos demais, no sentido de que os outros elementos devem ser utilizados para se buscar o significado do texto da norma em função da conformidade com a Constituição. Então, quando há mais de um significado obtido, o que deve ser escolhido é o que está em consonância com a Lei Maior, não apenas formalmente, mas, em especial, materialmente.

Ante tais considerações, é patente a incidência das regras e princípios constitucionais no âmbito da execução de penas.

A conformação político-jurídica dada pela Constituição Federal de 1988 à República Federativa do Brasil é a de um Estado Democrático de Direito, de acordo com o postulado de seu artigo 1º, *caput*²⁹, decorrendo, pois, a tutela de direitos fundamentais dos cidadãos³⁰. Como ressalta Robert Alexy³¹, as normas de direito fundamental têm duplo caráter, apresentando ora faceta de regra, ora de princípio. Assim, o modelo adequado é o de regras e princípios³².

Tanto a tipologia de regras quanto a de princípios constitucionais proposta neste estudo têm perfeita aplicabilidade na seara da execução penal. As regras constitucionais jurídico-organizatórias, quais sejam, regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento, em suas três modalidades, refletem no direito processual penal, em especial, na execução de penas.

²⁹ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

³⁰ Diversas são as consequências que podem ser apontadas como decorrência do corolário do Estado Democrático e de Direito, principalmente no tocante às garantias constitucionais, que serão abordadas ao longo deste estudo. René Ariel Dotti fala da pena como processo de diálogo entre o presidiário e o Estado, bem como salienta a importância da participação da sociedade na execução da reprimenda, sendo esse processo dialógico expressão da democracia: (...) *o pensamento contemporâneo vem concebendo a pena como um processo de diálogo entre o condenado e o Estado. Aquele não mais como simples objeto de medidas terapêuticas, porém como verdadeiro sujeito da execução.*

A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um Direito Penal social para um Direito Penal que pretenda, também, ser democrático.

A participação da comunidade no processo de execução penal em forma militante (diagnosticando, propondo, e ofertando soluções) e não como testemunha das violências e rebeliões é uma das exigências da democracia fundada em princípios e regras que dignificam o ser humano, cujo extrato revela a história pessoal em meio à essência e à contingência.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 141 e 144, respectivamente.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 135: (...) *El hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta el carácter doble de las disposiciones iusfundamentales.* (...) [Destaque no original]

³² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138: (...) *No basta concebir a las normas de derecho fundamental solo como reglas o solo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios.* (...) [Destaque no original]

Em primeiro, tem-se a constatação de que questionamentos em relação à competência do juiz para apreciar determinadas matérias ainda persistem, como, exemplificativamente, o local onde o preso irá cumprir a sua pena. Embora pareça evidente que tal matéria não se furta da apreciação do Poder Judiciário – tendo em conta que a pessoa que se encontra recolhida em um estabelecimento penal está sob tutela estatal e, inclusive como decorrência lógica de um Estado Democrático e de Direito –, encontram-se decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo tendo que reafirmar a competência do juiz de primeiro grau que exerce jurisdição sob a penitenciária na qual o pleiteante de uma transferência de estabelecimento encontra-se recolhido e, portanto, obviando o poder-dever da jurisdição³³.

Cite-se, ainda no plano das regras de competência, a possibilidade de burla da garantia do juiz natural pelo Executivo no que se refere à apreciação das questões da execução. Isso pelo fato de que é o Executivo o responsável pelas transferências de estabelecimento, mesmo quando ainda não houve mudança na modalidade de regime de cumprimento de penas. Os critérios de remoção, muitas vezes, são arbitrários, estando os sentenciados sujeitos à discricionariedade do Diretor do estabelecimento penal. Assim, o sentenciado pode ter sua situação jurídica alterada a qualquer momento em razão de mudança de estabelecimento e consequente sujeição ao entendimento díspar de magistrados da execução³⁴.

³³ (...) *Mas, não é só: o cumprimento da pena aqui ou acolá é tema de competência do Juízo especializado, segundo estabelece o artigo 66, inciso III, letra “g”, da Lei 7.210/84. Aquele que discordar da decisão do Juiz das Execuções deverá interpor o recurso de agravo, previsto no artigo 197 daquele mesmo diploma legal, em vez de lançar mão do remédio heroico, que, por ser ação constitucional, não pode ser reduzido à dimensão de mero substituto do recurso processual adequado.* (...)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 0162452-74.2011.8.26.0000. Impetrante Dra. Marcela Roque Rizzo e Paciente Tiago Kleber Julietti. Relator: Desembargador Ricardo Tucunduva. DJ, 10 nov. 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5626893&vlCaptcha=WzcUi>>. Acesso em 14 jul 2012, às 14h27min.

³⁴ (...) *Imagine-se, assim, um condenado desafeto da administração prisional (e que a afirmação da existência de presos desafetos da administração não cause estranheza a esta altura da vida), prestes a obter progressão de regime prisional por crime hediondo praticado antes do advento da Lei nº 11.464/2007, já tendo cumprido 1/6 de sua pena, em expectativa real de receber o “benefício” graças ao entendimento do juiz da execução da comarca em que se encontra recolhido. Caso a Administração Penitenciária o remova para estabelecimento penal situado em outra comarca – para a qual o processo de execução também será remetido – cujo juiz da execução entenda diferentemente, isto é, que em tais casos não basta o cumprimento de 1/6 da pena, sendo necessário cumprir 2/5 ou 3/5 (conforme Lei nº 11.464/2007), resta claro que ao Executivo é absolutamente possível infligir maior ou menor tempo de prisionalização, manejando os instrumentos formais ao seu dispor. Com isso é lesado o princípio do Juiz Natural. A todos é garantido o direito de ter sua causa julgada por aquele que tem obrigação de julgar. O artigo 5º, XXXVII da atual Constituição diz que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e o inciso LIII reza que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Juízo natural (ou juízo competente ou juízo constitucional) é o órgão abstratamente considerado, cujo poder jurisdicional emana da Constituição. A atribuição de poder jurisdicional aos magistrados é feita com base em norma anterior ao fato e segundo critérios gerais e impessoais. Sua principal função consiste em inviabilizar a interferência de outros Poderes do Estado, especialmente o Executivo, no exercício da atividade*

Em segundo, as regras de criação de órgãos estão presentes, em especial aqueles elencados na Lei nº 7.210/1984³⁵ que, embora não sejam órgãos eminentemente constitucionais, cumprem um mandamento constitucional de concretização e efetivação de direitos e garantias do condenado elencadas no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, bem como de consecução dos fins estatais na esfera criminal.

Por fim, as regras de procedimento – verdadeiros impositivos formais – cuja finalidade é efetivar as garantias constitucionais asseguradas às pessoas condenadas. Na fase executiva, o procedimento para apuração de faltas graves é o ponto nevrálgico relacionado às regras de procedimento. Embora constitucionalmente não haja um procedimento típico previsto para a apuração de faltas graves cometidas no período de desconto da pena, há o direito ao contraditório e à ampla defesa que deve ser aplicado em todos os processos. Assim, qualquer afronta a esse princípio é também uma afronta à regra de procedimento constitucional (que é, ao mesmo tempo, regra e princípio, seguindo-se a linha de Alexy no tocante à dupla faceta dos direitos fundamentais).

O mesmo tratamento pode ser dispensado às regras jurídico-materiais, que são regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas.

Primeiramente, é cristalino que as regras garantidoras de direitos fundamentais devem ser respeitadas na execução penal. Isso porque o único direito que o preso tem restringido pelo Estado é o direito à liberdade, sendo qualquer outra ingerência ou limitação aos direitos fundamentais inidôneas. Ademais, a restrição à liberdade não é total e não perdura por todo o cumprimento da pena, devendo ser esse progressivo, como imposição – e não uma faculdade do julgador ou do acusador –, nos termos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais³⁶. Neste

jurisdicional. Se trata, pois, de uma garantia tão importante quanto a própria jurisdição. É uma garantia do cidadão.

Na medida em que o Executivo interfere no tempo de encarceramento de modo decisivo, apenas utilizando a “máquina”, fere-se substancialmente a garantia do juiz natural. (...)

AMARAL, Claudio do Prado. Em busca do devido processo de execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. RT, n. 81, ano 17, p. 161-194, nov./dez. 2009. p. 178.

³⁵ São eles: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da Execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Patronato, Conselho da Comunidade e Defensoria Pública. Estão disciplinados no artigo 61 e ss. do referido diploma. Ressalte-se que a Defensoria Pública só foi incluída como órgão da execução penal recentemente, em 19 de agosto de 2010, por meio da Lei nº 12.313.

BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

³⁶ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que

sentido, até mesmo o direito fundamental à liberdade deve ser resguardado, na medida em que a progressão de regime é assegurada.

As regras de garantias institucionais, tanto públicas quanto privadas, também têm relevância neste estudo. A proteção da instituição da família, como base da sociedade, ecoa na execução de penas, tendo em conta que o fim perseguido pela lei, qual seja, a ressocialização, só é possível quando respaldado pelo apoio e aceitação familiares. O processo dialógico da pena passa pela participação da comunidade, mas principalmente da família do apenado. Por isso a previsão, inclusive, do direito de visita do preso, previsto no artigo 41, inciso X da Lei nº 7.210/1984³⁷ e também do Conselho da Comunidade, nos artigos 80 e 81³⁸. Outro exemplo é a garantia institucional do Poder Judiciário da inamovibilidade do magistrado. Isso, contudo, não é assegurado ao juiz que atua em processos referentes a presos recolhidos em Regime Disciplinar Diferenciado³⁹, no Estado de São Paulo.

vedam a progressão.” (Grifo nosso) Desta forma, procrastinações indevidas na execução penal, pautadas na periculosidade do sentenciado e gravidade do delito, configuram desrespeito ao direito fundamental à liberdade. Além disso, são fundamentações totalmente incompatíveis com um Estado Democrático. René Ariel Dotti, fazendo referência ao fundamento da pena, ressalta que a culpa é o elemento central como forma de atender ao mandamento democrático, em substituição à periculosidade: (...) *A orientação traçada pelo Código Penal reformado fez da culpa o centro de gravidade em torno do qual devem se movimentar institutos como o sursis e o livramento condicional e se operarem as substituições de pena (privativas de liberdade por restritivas de direitos ou por multa), as transferências e conversões etc.* [Englobando, também, as progressões e regressões de regime. Nota da autora].

Um Direito Penal próprio de um Estado social e democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena, o que ocorre nos regimes totalitários quando a indefinição das acusações criminais se concilia com o caráter fluido do estado perigoso e permite a imposição de sanção penal de caráter evidentemente preventivo. Ao reverso, nos regimes inspirados pela democracia efetiva, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a qualidade e a quantidade da pena adequada. O generoso princípio da culpa é extraído da dignidade da pessoa humana e do seu direito à liberdade. (...)

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 139-140.

Na seara de execução penal, então, a determinação constante de realização de exame criminológico baseado tão somente na gravidade do delito e na periculosidade do agente não deve continuar a ocorrer.

³⁷ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 41. Constituem direitos do preso: (...) X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.”

³⁸ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.” E “Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade: I – visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II – entrevistar presos; III – apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV – diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.”

³⁹ AMARAL, Claudio do Prado. Em busca do devido processo de execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. RT, n. 81, ano 17, p. 161-194, nov./dez. 2009. p. 179.

Denota-se que as regras determinadoras de fins e tarefas elegidos na Constituição Federal tem singular relevância na execução penal. O artigo 3º da Constituição Federal⁴⁰ elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. São eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Observe-se que dos objetivos elencados, pode-se inferir o fim da ressocialização almejado pela execução de penas. Somente por meio da ressocialização do apenado será possível contribuir para o alcance dos referidos objetivos. Este fim está expressamente consignado no artigo 1º da Lei de Execuções Penais⁴¹: “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.”⁴²

Os mandamentos constitucionais impositivos são dirigidos tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito e estão intimamente ligados às regras constitucionais determinadoras de fins e tarefas, pois os valores, objetivos e fins do Estado são pautas de interpretação e obrigação de cumprimento por parte do legislador, conformando, inclusive materialmente, o

(...) Há situação ainda pior. A jurisdicinalização da execução de penas exige imparcialidade do juiz da execução. Contudo, em alguns casos, nem mesmo existe essa garantia de imparcialidade. Cite-se como exemplo atual dessa realidade o que se passa em relação aos presos recolhidos nos estabelecimentos penais de segurança máxima e de Regime Disciplinar Diferenciado-RDD do Estado de São Paulo, cujos processos são conhecidos e decididos por juiz sem a garantia da inamovibilidade.

Isso significa que qualquer ato que desgrade o Poder Público, seja na esfera do judiciário, seja na do executivo, poderá implicar no imediato e imotivado afastamento do juiz da execução dos processos respectivos aos presos recolhidos naquelas unidades prisionais. (...)

⁴⁰ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

⁴¹ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

⁴² Críticas podem ser tecidas a respeito da ressocialização. César Barros Leal ressalta uma antinomia entre as metas da pena privativa de liberdade e da ressocialização: (...) *As metas formais da pena de privação de liberdade são a punição, a prevenção e a regeneração e, por sua vez, as informais* (‘os meios necessários para cumprir esse programa, no recinto das prisões fechadas’) *são a segurança e a disciplina; no confronto dessas metas* ‘percebe-se que surge uma incompossibilidade de realização de ambas, ao mesmo tempo, pois são excludentes uma das outras’ (...)

Defende, ainda, um tratamento ressocializador mínimo, pautado em um projeto pessoal do condenado, substituindo-se a coação pelo consentimento, de modo a trazer um ponto de equilíbrio entre a intervenção institucional e os direitos e garantias do apenado.

(...) o esforço ressocializador só é concebível quando se oferece uma oportunidade ao delinquente ‘para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes’. O dito entendimento, que equivale ao chamado tratamento ressocializador mínimo, afasta-se ‘definitivamente do denominado objetivo ressocializador máximo, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores’. (...)

LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 336-338.

Percebe-se que a crítica que se faz é em relação à aplicação do objetivo e não ao fim em si, que é legítimo. O desafio para os próximos tempos é conceber uma resposta estatal que permita esse desenvolvimento pessoal do condenado, o que, para os críticos, necessariamente se afasta do encarceramento.

conteúdo das normas infraconstitucionais. Assim, os objetivos acima explanados devem guiar o intérprete e concretizador da Lei de Execuções Penais.

O mesmo fenômeno é verificado em relação aos princípios constitucionais, em todas as suas subdivisões que são os princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Seu conteúdo guarda relação com o das regras constitucionais, tendo eles níveis de concretude diversos, formando o processo de densificação da norma a ser aplicada no caso concreto.

Diante desse breve escorço a respeito da incidência das regras e princípios constitucionais, tendo sido apontado tão somente alguns exemplos, passa-se a um detalhamento de alguns princípios constitucionais e sua repercussão no campo do direito que regula o cumprimento das penas.

Saliente-se que não se busca, aqui, esgotar o tema, tendo sido escolhidos apenas alguns princípios, principalmente em função de sua não observância prática, que será abordado adiante. Além disso, a tipologia de princípios que regem a fase executiva do processo penal é enorme, variando conforme o autor adotado. Por exemplo, Guillamondegui⁴³ elenca os princípios da legalidade executiva, subdividindo-o em subprincípios da reserva, da humanidade e da igualdade perante a lei; da ressocialização; da jurisdicinalização da execução penal e da imediação da execução penal. Paulo Queiroz e Adeleine Melhor⁴⁴, por sua vez, elencam: princípio da estrita legalidade e da irretroatividade da norma penal mais severa; princípio da proporcionalidade; princípio da humanidade; princípio da responsabilidade pessoal ou subjetiva; princípio da lesividade; princípio da isonomia; princípio da publicidade; princípio da jurisdicinalidade e princípio do devido processo legal.

Abordar-se-á, neste estudo, os princípios da jurisdicinalidade; da legalidade; do contraditório e ampla defesa; da individualização da pena e da humanidade.

3.1. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL: O PRINCÍPIO DA JURISDICINALIDADE

⁴³ GUILLAMONDEGUI, Luis. R. *Los principios rectores de la ejecución penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. fasc. 12, p. 1.104-1.118, 2005.

⁴⁴ QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). *Leituras complementares de execução penal*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 09-41.

Celeuma doutrinária existe a respeito da natureza jurídica da Execução Penal, tendo sido apontadas por Ada Pellegrini Grinover três correntes: a) a corrente que defende que a execução penal seria atividade meramente administrativa; b) a outra que advoga que a execução das penas é atividade jurisdicional e; c) por fim, uma terceira opinião no sentido de que a fase executiva do processo penal é puramente processual. Segundo a autora, isso se dá em função de três aspectos peculiares da execução, quais sejam, relação entre sanção e *ius puniendi* (assunto este que é eminentemente de direito penal material); a presença de um título executivo (tratando-se, então, de matéria processual penal) e expiação da pena, que poderia ser incluída no direito administrativo⁴⁵.

A eminente jurista ainda ressalta que a execução penal é atividade complexa, estando nela compreendidas as atividades jurisdicional e administrativa, que devem ser desenvolvidas de modo entrosado e harmônico. Todavia, Grinover enfatiza que esses dois aspectos devem ser separados, na medida em que a aplicação da pena é afeta ao direito penitenciário, podendo-se enquadrar em um ramo do direito administrativo – não obstante sejam encontradas muitas dessas normas nos diplomas penal e processual penal –, e a tutela à efetivação da sanção penal, por seu turno, é atividade jurisdicional, sem sombra de dúvida. Em suas palavras⁴⁶:

(...) Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Mas é preciso separar os dois aspectos. A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual.⁴⁷

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: _____. Execução penal: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-13. p. 6.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: _____. Execução penal: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-13. p. 7.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: _____. Execução penal: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-13. p. 8-9.

A natureza jurídica da execução penal foi discutida nas “Mesas de Processo Penal” ocorridas no âmbito do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, tendo sido elucidada nos enunciados das Súmulas nº 39 e 40, em sessão datada de 8.11.1993. Respectivamente:

“Súmula nº 39 – A execução penal é atividade complexa que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo.”

Assim, depreende-se que a execução penal, entendida como o processo de cumprimento da pena, é atividade complexa que congrega aspectos administrativos e jurisdicionais. A atividade do juiz inserida na execução de penas, no entanto, é sempre jurisdicional, como consequência necessária de um Estado Democrático e de Direito.

No mesmo sentido Antonio Scarance Fernandes⁴⁸ ao elucidar as três orientações doutrinárias a respeito da atividade do juiz que, em correspondência à divergência acerca da natureza jurídica da execução, assinalam que a atividade do juiz pode ser administrativa; mista, sendo de caráter administrativo quando da fiscalização da pena e jurisdicional quando da solução dos incidentes processuais; e jurisdicional em todos os aspectos, tese esta mais aceita recentemente.

Críticas foram tecidas em relação à tese jurisdicionalista. Os opositores apontam que o juiz, ao atuar na execução penal, na maior parte, exerce função de mero fiscalizador da lei, sendo raras as vezes em que é chamado a decidir. Afirmam que a execução penal é exclusiva do Ministério Público, que atua como órgão do Poder Executivo, além de que não há outorga de direitos ao condenado, pois a pena lhe é coercitivamente imposta. Complementam que se difere da atividade executória civil, uma vez que nesta há possibilidade de influência da vontade do executado, enquanto que na execução penal não, sendo, pois, manifesto um entendimento de que o condenado é objeto e não sujeito da execução.

A despeito de tais considerações pouco convincentes, tem-se que a execução é atividade jurisdicional. *A priori*, a diferenciação entre atividade jurisdicional e atividade administrativa advém de uma interpretação respaldada na teoria da separação dos Poderes de Montesquieu que, embora ainda de grande relevância, mostrou-se contrastada pela realidade

⁴⁸ “Súmula nº 40 – Guarda natureza administrativa a expiação da pena. É objeto do processo de execução, guardando natureza jurisdicional, a tutela tendente à efetivação da sanção penal, inclusive com as modificações desta, decorrentes da cláusula ‘rebus sic stantibus’, insita à sentença condenatória.”

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. **Justitia**, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994. p. 32-33.

_____. Execução Penal: aspectos jurídicos. **Revista CEJ**, Brasília, v.03, n.7, p. 68-83, abr. 1999. p. 69.
 (...) *Surgiram na evolução histórica três correntes principais a respeito da natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo Juiz na execução penal. Segundo a primeira, ele exerceria somente funções administrativas, não agindo na sua missão jurisdicional. Outra orientação, considerando serem dois os aspectos essenciais da execução criminal: a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos incidentes, conclui que o Juiz tem papel administrativo no fiscalizar e acompanhar os trabalhos desenvolvidos nas penitenciárias, mas nos incidentes profere decisões tipicamente jurisdicionais. Mais recentemente, ganha prestígio uma terceira posição: o Juiz, como sujeito principal da relação jurídica processual executiva, exerce atividade de natureza jurisdicional.* (...)

do aspecto unitário do poder, tendo a jurisdição como um de seus componentes, assim como as demais atividades⁴⁹.

Hodiernamente, é mister compreender a jurisdição para além da atividade de dizer a lei, sendo ínsito a seu conceito o zelo pela eficiência na aplicação do direito, estando presente esse objetivo na fase posterior à prolação da sentença condenatória. Isso porque o dizer a lei não necessariamente garante efetividade ao direito e, consequentemente, não exaure a atividade estatal, devendo esta se orientar para uma tutela efetiva que, concomitantemente, corresponde à finalidade precípua da jurisdição.

Soma-se a esses argumentos o fato de que o recluso não é mais visto como objeto da execução. Ele está submetido à execução forçada, mas não entregue aos arbítrios do Estado, afastando-se as teses de relação de sujeição especial⁵⁰. Há que se reconhecer, então, que ele é sujeito de direitos na execução penal⁵¹.

⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994. p. 69-70.

_____. Execução Penal: aspectos jurídicos. Revista CEJ, Brasília, v.03, n.7, p. 68-83, abr. 1999. p. 69
(...) Ademais, conforme bem salientou Dinamarco, o empenho em diferenciar a atividade jurisdicional da administrativa era ressonância de interpretação ortodoxa da teoria clássica da tripartição dos poderes do Estado, mas, agora, evidencia-se que, na realidade, o poder é um só, sendo 'uma inherência do Estado', apresentando-se a jurisdição como 'uma das expressões' desse poder. (...)

⁵⁰ Essas teses de relação de sujeição especial foram desenvolvidas no âmbito do direito público no final do século XIX. Iñaki Rivera Beiras utiliza a definição de Lasagabaster a respeito do que se entende por RSE (relação de sujeição especial): (...) *construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales en favor del ciudadano afectado por tal institución.* (...) *En consecuencia, las instituciones jurídicas más afectadas por la existencia de SER son el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de los mismos.* (...)

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario*. In: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda; _____. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, S.L., 2000. p. 65-118. p. 68.

O autor, ao final, critica tal teoria, embora ainda muito arraigada na jurisprudência dos tribunais espanhóis, afirmando que ela atribui status de cidadão de segunda categoria aos reclusos: (...) *Mientras tanto, parece evidente que el discurso jurídico (tanto en el momento de su creación legislativa cuanto en el de su interpretación y aplicación jurisprudencial), ha construido un ciudadano de segunda categoría, titular de unos derechos devaluados, que pone en entredicho la vigencia efectiva de la garantía ejecutiva que se deriva del principio de legalidad y, con ello, evidencia la irracionalidad de un sistema penitenciario que continúa padeciendo una crisis de legitimación que se remonta a su propio nacimiento.* (...)

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario*. In: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda; _____. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, S.L., 2000. P. 65-118. p. 109.

⁵¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 65-66.

(...) *Ficou para trás o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, transformando-se em objecto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não- direito.*

Para afastar definitivamente qualquer dúvida a respeito da jurisdicinalização da execução, far-se-á uma leitura da execução penal à luz dos escopos da jurisdição e da instrumentalidade do processo, desenvolvidos por Cândido Rangel Dinamarco⁵². Apesar de ter sido desenvolvida para aplicação ao processo civil, encontra plena aplicabilidade no processo penal, e também na execução penal, pois, como se desenvolverá, o processo de execução penal atende aos escopos da jurisdição, quais sejam, escopos sociais, políticos e jurídicos.

A premissa é a de que o processo é um instrumento e, como tal, não pode ser visto dissociado de seus objetivos, os fins a que se destina, até mesmo para legitimar a fixação do grau de utilidade do processo, que é necessário na medida em que se trata de uma instituição humana imposta pelo Estado. Assim, há que se reconhecer um caráter instrumentalista e teleológico do processo, tido como um sistema aberto e dependente, instituído para prestar serviços à comunidade. Cândido Rangel Dinamarco⁵³ aduz que:

(…) a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados. (...)

A visão limitadamente jurídica da jurisdição, que é também uma realidade eminentemente política, trazia como escopo do processo a tutela de direitos, como ressonância de uma interpretação pandectista da ação, que a colocava como o próprio direito subjetivo com a finalidade de afastar a lesão sofrida. Em um enfoque moderno, vê-se que o processo volta a tutela jurisdicional às pessoas, e não aos direitos subjetivos materiais. Infere-se, então, que a jurisdição guarda relação com a vida social, sendo sua legitimidade conferida pelos membros da coletividade ao reconhecerem sua serventia. Simultaneamente, tem

O longo e penoso caminho percorrido foi, por vezes, assinalado por concepções de tratamento penitenciário que incitavam a administração a reconhecer ao recluso, nos limites da ordem e segurança do estabelecimento, o exercício de certos direitos. Estava-se, então, menos em presença de verdadeiros direitos que de privilégios que podiam ser restringidos ou suprimidos, ao livre arbítrio de uma administração toda poderosa. Era o tempo em que a preocupação com os direitos dos reclusos tinha o significado de quem via na sua regulamentação um factor indispensável ao funcionamento da instituição carcerária.

Hoje, sabe-se que as ideias de 'correcção' ou de 'educação' não se compadecem com a existência de duros e degradantes regimes prisionais, pressupondo, pelo contrário, o respeito e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. (...)

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179.

característica política, manifesta em razão de ser uma “expressão do poder estatal”⁵⁴. O autor⁵⁵ ainda esclarece que:

(…) *Uma tendência, no entanto, é universal, quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas. Outra tendência, no mundo ocidental, é a destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade.* (...)

O processo de execução penal, instrumento do exercício da jurisdição, não deve se ater exclusivamente ao aspecto jurídico, sofrendo influências do social e do político. Além disso, a jurisdição tida como “elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade” se aplica cabalmente à execução de penas, sendo o *locus* onde se exprime de modo precípua a tensão entre os valores poder e liberdade, tendo, de um lado, o Estado, que impôs ao indivíduo coercitivamente uma sanção e busca assegurar a aplicação escorreita da reprimenda e da lei, de outro, o indivíduo, sujeito de direitos que se vê subtraído de sua liberdade – uma faceta de sua própria personalidade – por meio da imposição de uma sanção estatal.

Mais detalhadamente, far-se-á uma explanação dos escopos da jurisdição.

Partindo-se do pressuposto de que a jurisdição busca alcançar a justiça aplicada ao caso concreto e tentando dar maior concretude a essa usual afirmação, tem-se que a função da jurisdição, então, está ligada à paz social, sendo o processo seu consectário que visa à pacificação de conflitos. A vida em sociedade necessariamente conduz à existência de conflitos a respeito de bens da vida que são finitos. O Estado exerce a função de por fim às insatisfações, por meio da definição de condutas lícitas e ilícitas, recompensas ou castigos, bem como estabelecimento de critérios para regular o acesso aos bens da vida pelas pessoas. Almejando eliminar as insatisfações, através de seu poder, ele estimula condutas agregadoras, desestimula as desagregadoras e distribui os bens da vida. Não há que se cogitar, então, da legislação sem a jurisdição, eis que apresentam uma mesma unidade teleológica de cunho

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

(...) *sendo ela [jurisdição] uma expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como um poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas.* (...)

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

social⁵⁶. As decisões estatais, objetivando tal fim, são imunizadas contra aqueles que obtiveram uma decisão desfavorável, sempre tendo em conta que o conteúdo da decisão, isto é, a justiça da decisão, deve ser primada. O escopo social é justamente a “eliminação de conflitos mediante critérios justos”⁵⁷.

Mas não é só. Faz parte do escopo social da jurisdição a missão estatal no sentido de conscientizar o cidadão a respeito de seus direitos e obrigações. A educação jurídica ao leigo acarreta maior confiança no Poder Judiciário, o que gera uma maior procura por esse serviço, efetivando o amplo acesso à justiça, que corresponde a uma das finalidades de um Estado Democrático e de Direito, levando a um círculo virtuoso. A descrença e insatisfação, por outro lado, alimenta os conflitos sociais, refletindo, também, na criminalidade, na medida em que a insatisfação em um dos Poderes Constituídos é transportada para todo o aparato estatal de modo generalizado, criando-se a visão do Estado como um inimigo da população, inapto a prover as necessidades básicas de subsistência.

Por tudo o mencionado, extrai-se a existência do escopo social da jurisdição na fase executiva do processo penal, porquanto a pacificação social é buscada – afastando-se então o mito de que esse escopo é plenamente alcançado quando da prolação da sentença penal condenatória. Pacificação essa que não mais se refere à vítima e ao autor do delito, tendo, agora, como sujeitos de um conflito, o Estado e o recluso. Que não cause espanto essa afirmação. Conflito é aqui entendido em diversos sentidos: a pena privativa de liberdade, em si mesma considerada, é um conflito, dada a realidade de suas condições de cumprimento, que são verdadeiros castigos ao revés de promoverem a ressocialização, diretriz orientadora do sistema; aproveitando-se deste último conceito, há conflito quando não são compatíveis o fim da execução, que é a ressocialização do apenado (fim esse que foi eleito pelo Estado), e o próprio querer do recluso, que pode não ser a ressocialização; e, por fim, vê-se também um conflito entre a salvaguarda dos direitos fundamentais do sentenciado e os arbítrios estatais. A jurisdição atua, então, para pacificar esses conflitos e trazer a paz social como um todo. O sucesso de tal missão estatal na seara de execução de penas necessariamente conduz a uma paz social, conceito indeterminado, mas que necessariamente abrange a segurança pública. Assim, um maior grau de segurança pública será obtido se, após infrutíferas as tentativas de prevenção do delito, seja o autor reinserido na sociedade plenamente recuperado.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

Relevante ainda o papel da educação. Aqui não apenas de conscientização de direitos e obrigações (que se faz premente na execução de penas, vez que o sentenciado muitas vezes não tem informação sobre os direitos a que faz jus no cárcere e nem ao menos quando irá terminar de cumprir sua pena), que deve ser ampla e irrestrita tanto ao apenado quanto a seus familiares, pessoas que também são afetadas pela sanção estatal imposta. Mas ressalte-se ainda o papel da educação em geral – utilizando-se conceito mais abrangente que o proposto por Dinamarco –, no sentido de complementação dos estudos e qualificação profissional, como forma de alcançar o objetivo de ressocialização proposto pela norma.

Quanto ao escopo político – este entendido como “fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder” – Cândido Rangel Dinamarco⁵⁸ destaca três aspectos:

(...) Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria [Estado], nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições. (...)

Carece de completude, pois, o conceito de jurisdição como “atuar a vontade concreta da lei”, aplicando-se o direito ao caso concreto, vendo como destinatário da decisão o indivíduo singularmente considerado. A destinação do processo e do próprio direito ultrapassa essa concepção individualista, considerando o indivíduo inserido em uma sociedade política. A jurisdição, por conseguinte, reafirma a autoridade e o exercício do poder estatais. Esse cariz do escopo político é facilmente identificável na execução das penas, visto que perdura por todo o período do cárcere o exercício do poder estatal, estando o indivíduo sujeito à guarda do Estado.

O aspecto da liberdade, componente do escopo em apreço, corresponde à preservação das garantias do indivíduo frente ao Estado⁵⁹, que não deixam de ser observadas na execução

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 198-199.

penal, em função de o preso ter restringida tão somente sua liberdade e nos estritos parâmetros legais.

Finalmente, a característica da participação da sociedade. Em consonância com o exposto anteriormente neste estudo⁶⁰, a necessidade de participação da sociedade na execução de penas é fundamental para um processo de execução penal devido e democrático⁶¹. Participar não se limita a votar e ser votado, sendo qualquer forma de influência, representando um peso na tomada de decisões. A comunidade deve participar do cumprimento das penas, a começar por não ficar alheia à realidade dos cárceres, até alcançar uma situação ideal de atuações positivas, no sentido de se corresponsabilizar pela recuperação do detento e denunciar abusos ou irregularidades perante os órgãos competentes, exercendo, desse modo, poder de influência na tomada de decisões.

O terceiro escopo da jurisdição é o jurídico. Para correta delimitação do escopo jurídico da jurisdição, cumpre afastar a colocação de que o sistema processual jurisdicional tem por objetivo a produção de decisões protegidas pelo manto da coisa julgada. Com esse entendimento, não se logra êxito em explicar, então, a finalidade da própria decisão, hoje tida como voltada à obtenção de resultados práticos, que refletem na vida social. Ademais, faz-se mister fixar o liame entre o processo e o direito, no sentido de como o processo contribui para a existência do próprio direito. Atualmente, tem-se que o processo não pode ser visto

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 201.

(...) *Outro escopo político considerado é o culto à liberdade. Trata-se das liberdades públicas, e especialmente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o indivíduo. O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns.* (...)

⁶⁰ Capítulo 3, p. 26

⁶¹ LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos:** viagem pelos caminhos da dor. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 271.

(...) *A participação da comunidade na execução da pena ocorre de forma indireta ou direta: Indiretamente, v.g., na assistência médica, farmacêutica ou odontológica (...); nas atividades educacionais objeto de convênio com entidades particulares que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados; no trabalho externo, porquanto se admite para os reclusos no regime fechado somente em serviços ou obras públicas, a cargo de órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que se tome a devida cautela contra a fuga e a favor da disciplina; nas informações à Comissão Técnica de Classificação (CTC); e no tratamento ambulatorial quando este não se efetue no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.*

Diretamente, nos termos da lei federal, a comunidade deve participar do procedimento da execução, do monitoramento e do amparo não somente dos submetidos a uma pena ou a uma medida de segurança, senão também dos condenados a penas substitutivas como o trabalho desenvolvido na coletividade e a limitação (prisão) de fim de semana (...).

dissociado do direito substancial, sendo ele o instrumento hábil a garantir a efetivação do direito. Assevera Dinamarco⁶²:

(...) o escopo jurídico da jurisdição não é a composição das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. (...)

Em apertada síntese, o escopo jurídico é a atuação da vontade da lei, é o atuar o direito, tendo o processo, além de seus outros escopos, o simples objetivo de atuar, e assim, efetivar o direito material⁶³. Trata-se de atuação do direito e não aplicação do direito, esta fazendo referência a uma concretude imediata, aquela pressupondo uma insuficiência do direito material premente do aporte do direito processual para alcançar o estado de concreção. Complementando, nos termos das afirmações de Cândido Rangel Dinamarco⁶⁴:

(...) A firmeza com que se sustenta a tese da atuação jurídica está, portanto, apoiada sempre na idéia de que se trata de um escopo (que, por definição, é mesmo um fim ideal) e não uma observação fenomênica. Cada sentença que se afaste dessa missão e produza resultados não queridos pelo direito estará falhando ao escopo, não negando que o escopo seja esse. (...)

Esse último escopo tem estreita relação com os outros dois, na medida em que a jurisdição, por meio do processo, volta-se para os valores eleitos pela sociedade política, deixando de ter uma relevância só jurídica. Daí a insuficiência do escopo da jurisdição como fenômeno jurídico exclusivamente, cuja ênfase recai somente no aspecto técnico. Enfatizando o caráter instrumental do sistema penal, do qual faz parte o processo, Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor⁶⁵:

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 246.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 248.

⁶⁴ (...) Só mesmo o sistema processual atua a vontade concreta da lei, pelo objetivo de atuá-la e, embora o objetivo não seja desde logo atingido mediante toda e qualquer espécie de processos jurisdicionais, todos eles são realizados para que ele o seja. (...)

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 248.

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 09-41. p. 10.

(...) Os princípios penais constituem, constitucionalmente, garantias do cidadão em face do exercício do direito de punir do Estado, porquanto semelhante poder, que não é absoluto, mas relativo, encontra limites – formais e materiais – no próprio texto constitucional, tudo a evidenciar o caráter instrumental do Estado e do sistema penal, que não são um fim em si mesmos, mas um só meio – subsidiário – de regulação dos conflitos sociais mais agudos. (...)

Na seara da execução de penas, o escopo jurídico da jurisdição aflora inquestionavelmente, tendo o processo de execução a missão de atuar o direito. Atuar o direito como um todo, não apenas efetivar os direitos individuais da pessoa reclusa, mas também os da sociedade. Quando as decisões judiciais no âmbito da execução criminal observam escorreitamente os direitos dos reclusos, respeitando a dignidade humana e efetivam o direito imediato da sociedade, que corresponde à segurança pública e o mediato, que é o da recuperação de capital humano – um dos elementos para o desenvolvimento do país –, cumprem a missão de produzir resultados queridos pelo direito e reafirmam os valores eleitos pela própria coletividade.

Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor afirmam que a Lei de Execuções Penais expressamente adotou a jurisdiconalização da execução penal. Em suas palavras⁶⁶:

(...) Corretamente, a Lei de Execuções Penais em seu artigo 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” – adotou a primeira corrente [corrente alemã, que propugna a jurisdiconalidade da execução]. Confirma essa orientação o disposto no art. 194 – “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”. Ademais, preceitua o art. 65 que a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e na sua ausência, ao juiz da sentença, sendo em que em nenhum momento se faz menção à figura da autoridade administrativa. Como se nota, não há lugar para o ente administrativo presidir a execução penal. (...)

Não restando nenhuma dúvida a respeito da jurisdiconalização da execução criminal, inclusive como corolário de um Estado Democrático e de Direito, resta salientar sua relevância e implicações. Antonio Scarance Fernandes⁶⁷ assevera que a relevância da

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 09-41. p. 35.

⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdiconalizado. **Justitia**, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994. p. 33.

_____. Execução Penal: aspectos jurídicos. **Revista CEJ**, Brasília, v.03, n.7, p. 68-83, abr. 1999. p. 70.

(...) entendemos ser ainda relevante examinar o problema da natureza jurídica da atividade do Juiz na execução penal. Não tanto em face de um fatigante objetivo meramente teórico, mas principalmente em razão de outro mister: evidenciar que a execução penal e jurisdiconal representa, antes de tudo, admitir a existência de um

investigação acerca da natureza jurídica da execução penal reside no reconhecimento de garantias constitucionais também incidentes nesta fase. Segundo essa linha, far-se-á uma explanação de alguns princípios-garantia constitucionalmente assegurados e sua peculiaridade em relação à execução de penas.

3.1.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO NA EXECUÇÃO PENAL

Está longe de ser pacífico na doutrina quais são as reais características do sistema acusatório e qual o conteúdo do princípio que empresta o nome a este tipo de sistema processual penal⁶⁸.

Luigi Ferrajoli⁶⁹, ao conceituar o sistema sob análise, assim o caracteriza:

(...) *Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.* (...)

No mesmo sentido Andres Harfuch⁷⁰, que coloca o princípio acusatório como consectário da jurisdicinalização da execução penal, ressaltando os seguintes delineamentos que deve ter a fase executiva: a divisão clara dos papéis de acusação e julgador; imparcialidade do juiz; pleno direito de defesa do sentenciado, dentre outros. Em suas palavras:

(...) *Judicialización de la etapa de ejecución de la pena es vigencia plena del principio acusatorio. Sus lineamientos básicos: división clara de los roles de requerimiento y de decisión, imparcialidad del juez, función ejecutiva de la pena a cargo exclusivamente del fiscal, plena vigencia del derecho de defesa del*

processo de execução cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicinalização da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicinalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário. (...)

⁶⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 8.ed. Madri: Trotta, 2006. p. 564.

⁷⁰ HARFUCH, Andres. *La vigencia del principio acusatorio en la etapa de ejecución de la pena*. In: FELLINI, Zulita. **Derecho de ejecución penal**. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 129-150. p. 129.130.

condenado, audiencia oral y pública, derecho al recurso y, a nuestro juicio, participación ciudadana. (...)

Uma primeira definição de princípio acusatório seria aquela que enaltece a característica da acusação no processo. Outros ainda, pautados na figura do acusador, afirmam que o princípio acusatório se caracteriza pela presença de um acusador distinto do juiz.

Esta última constatação, conforme entendimento de Mauro Fonseca Andrade⁷¹, de fato é acertada e serve para caracterizar o sistema acusatório, na medida em que tanto o sistema acusatório clássico (Atenas e Roma), quanto o contemporâneo (século XX) têm como elemento a figura de um acusador distinto do juiz, de modo que se este elemento não estiver presente, não se estará diante de um sistema acusatório.

Quanto à presença da função de acusação, por si só, não é elemento apto a caracterizar o sistema acusatório, pois existe também no sistema inquisitivo, cumulada com a função de julgador, ambas exercidas por um mesmo sujeito.

Há, ainda, quem identifique o sistema acusatório como aquele no qual há uma diferenciação entre as funções de acusar, defender e julgar, impreterivelmente, de modo que em nenhuma hipótese é possível que um sujeito assuma outro papel ao longo do processo. Ocorre que isso não é possível ser defendido nos moldes como o Ministério Público é concebido, isto é, em razão de sua necessária observância da lei na prática de todos os atos, implicando em uma posição de defesa, eventualmente, se a lei assim determinar.

Cite-se, também, uma quarta posição doutrinária que defende como característica do sistema acusatório a impossibilidade de produção de provas, *ex officio*, pelo juiz. Mauro Fonseca Andrade salienta que essa possibilidade ou impossibilidade, na realidade, não fundamenta a existência do princípio acusatório, sendo questão de política legislativa⁷².

⁷¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 246.

(...) esse elemento está presente tanto no sistema clássico, como no sistema contemporâneo, e não apresenta nenhuma exceção nos países que adotaram ou ainda adotam o sistema acusatório. (...)

⁷² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 249.

(...) Essa atividade ou inatividade judicial é fruto de uma mera opção legislativa, decorrente dos critérios de política criminal que se sagraram vitoriosos no longo processo de criação de uma norma legal. Ou seja, a inércia judicial poderá estar presente ou ausente nos processos de natureza acusatória, em razão do que o legislador entenda ser mais adequado aos costumes e cultura jurídica de seu país. Além disso, (...) a passividade judicial não é estranha ao sistema inquisitivo, e que todos os argumentos utilizados por essa corrente não possuem qualquer embasamento teórico ou mesmo histórico. (...)

Uma quinta posição, denominada posição multiforme, na qual o princípio acusatório aparece integrado com vários outros elementos, como integrantes do princípio.

Por fim, o jurista dá a sua própria conceituação de princípio acusatório à luz de dois elementos que reputa caracterizadores deste sistema: presença de um acusador distinto do juiz e necessariedade de que o início do processo seja determinado pela acusação. *In verbis*⁷³:

(...) Assim, nos parece que a definição mais segura e correta do princípio acusatório é aquela que reflete a necessária presença de um acusador distinto do juiz no processo. Mais que isso, essa identificação do princípio acusatório também o erige à condição de um dos elementos fixos do sistema acusatório.

Corroborando essa conclusão, uma outra forma de encontrar o significado do princípio acusatório seria buscá-lo entre os elementos fixos do sistema acusatório, que identificamos como sendo a obrigatoriedade de um acusador distinto do juiz, e o fato de somente a acusação determinar o início do processo. (...)

Em sendo assim, cumpre identificar e atribuir a cada sujeito do processo de execução penal o seu papel. O juiz deve ser deslocado a um ponto central do processo de execução, não podendo se imiscuir nas atribuições de defesa ou acusação, devendo cumprir seu poder-dever (jurisdição) de maneira imparcial⁷⁴. Nas exatas observações de Geraldo Prado⁷⁵, as funções do juiz na execução penal devem ser estas:

(...) cabe a ele [juiz] compreender, (...), que a integração social dos condenados, qualquer que tenha sido a sanção eleita, é uma via de mão dupla, exigindo adaptações tanto da parte de quem sofre a pena como da sociedade e do Estado, este devedor de tantos serviços sociais elementares para diminuir a pobreza; além

⁷³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 254.

E ainda mais à frente (p. 258):

(...) Em primeiro lugar, identificamos a obrigatoria separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. E o segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início da fase de julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas. (...)

⁷⁴ Mapelli Caffarena enfatiza que a jurisdiccionalização de toda a execução penal tem aspectos muito positivos, inclusive contribuindo para o distanciamento dos protagonistas do conflito penal, característica esta afeta a um sistema acusatório e em consonância com uma ampla jurisdiccionalização: (...) *Positivo porque permite prever, permite seleccionar la conducta, permite distanciar los distintos protagonistas del conflicto penal, permite también trabajar con medida sobre las alternativas de la pena privativa de libertad, positivo por todas estas razões.* (...)

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Ejecución y proceso penal. Ciencias penales. Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*. ano 10, n.15, p. 35-40, dez. 1998. p. 35.

⁷⁵ PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 407-415. p. 409.

disso, do condenado não se pode exigir mais do que a sentença impõe e tudo o que se deve exigir dele há de estar condicionado pelo fim de humanizar as relações sociais presentes e futuras. (...)

Em outra obra, o referido autor⁷⁶ ressalta a imparcialidade do juiz, que é a característica da atuação do magistrado regida pelo sistema acusatório:

(...) a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve durante todo o tempo, eqüidistante. (...)

O Ministério Público, por seu turno, tem de ocupar o lugar de acusação, sendo-lhe imperativo assumir a iniciativa do processo de execução penal, em flagrante quebra ao que hoje ocorre invariavelmente, que é tomada e manutenção da iniciativa da execução pelo juiz, guardando semelhança com um sistema inquisitivo.

Em consonância com a afirmação de que o Ministério Público, na execução penal, atua como parte (a despeito da posição de que é fiscal da lei), Antonio Scarance Fernandes⁷⁷:

(...) Fala-se em Ministério Público como órgão imparcial de justiça. Sustenta-se que ele tem função dúplice: parte ou fiscal da lei. Outros entendem que é sempre parte. Há os que afirmam ser sempre fiscal da lei. A nosso ver, é sempre parte. O Ministério Público, como parte, tem direitos, faculdades, ônus, poderes e deveres processuais. Como parte, persegue sempre um determinado interesse considerado indisponível. (...)

E acrescenta⁷⁸: “(...) Tanto no processo de conhecimento, quando é aplicada a pena, como no de execução, quando ela é efetivada, o Ministério Público é sempre parte, na defesa desse interesse indisponível de punir o autor do crime (...). A necessidade do Ministério Público como parte se dá em virtude da salvaguarda do contraditório e da imparcialidade do julgador. Emergem de tal premissa as específicas funções do Ministério Público na execução

⁷⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006. p. 108.

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. O Ministério Público na Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal:** lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 25-36. p. 27.

⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O Ministério Público na Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal:** lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 25-36. p. 28.

penal: zelar pelo escorreito cumprimento do mandamento contido na sentença penal condenatória e pela integração social do sentenciado⁷⁹.

Ressalte-se que os elementos decorrentes do sistema acusatório, como contraditório, ampla defesa, legalidade, publicidade, oralidade, dentre muitos outros que podem ser citados, para o autor Mauro F. Andrade, não são integrantes do conceito de sistema acusatório pelo simples fato de tais elementos terem variado ao longo da história. São classificados como elementos variáveis e não fixos. No entanto, o sistema acusatório contemporâneo carrega em sua modulação esses elementos variáveis que, embora não façam parte do conceito em si, são implicações necessárias do modo pelo qual o sistema acusatório se encontra concebido atualmente.

Em conclusão a este tópico, verifica-se que, por meio de uma leitura a partir da Constituição Federal, há obrigatoriedade de observância do sistema acusatório no âmbito do processo de execução criminal. No entanto, tal como vigente, apresenta ainda muitos traços de inquisitoriedade⁸⁰, o que não deve persistir tendo em conta a eleição de um modelo de

⁷⁹ A atuação do Ministério Públco na execução penal está disciplinada nos artigos 67 e 68 da Lei nº 7.210/1984, bem como nos artigos 195 e 196.

BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 67. O Ministério Públco fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.”

“Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Públco:

I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II – requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

III- interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Parágrafo único. O órgão do Ministério Públco visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.”

“Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Públco, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.”

“Art. 196. A portaria ou petição será autuada, ouvindo-se, em três dias, o condenado e o Ministério Públco, quando não figurem como requerentes da medida.

§1º Sendo desnecessária a produção de prova, o juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.”

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. et al. *Crítica à execução penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 371-406. p. 373.

Aury Lopes Junior, ao expor sobre as garantias que devem estar presentes na execução penal, sustenta a inquisitoriedade da Lei de Execução Penal: (...) A LEP é notadamente inquisitória já nos primeiros passos da execução, pois a jurisdição executiva inicia de ofício, com a expedição da carta de guia pelo juiz. A

Estado Democrático e de Direito. Neste sentido, compartilha-se da conclusão de Salo de Carvalho⁸¹:

(...) A conclusão a que se pode chegar é a da absoluta ineficácia da jurisdicionalização do processo de execução se este sistema for concebido desde premissas inquisitoriais. É que somente há possibilidade de se atingir grau mínimo de garantias se se conceber o processo de execução penal a partir da principiologia acusatória, visto que somente esta otimiza a ampla defesa, o contraditório, a oralidade e a livre apreciação probatória, os quais fundamentam o convencimento imparcial do julgador. (...)

3.2. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade é fruto da Revolução Francesa, tendo sido expressado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, de acordo com Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor⁸², é “(...) condição de legitimação democrática por meio do poder competente, o Poder Legislativo. (...)”. Está definido no artigo 5º, inciso XXXIX da Lei Maior⁸³, que assim determina: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” A um só tempo é uma limitação formal e material do *ius puniendi* e também do *ius executionis*. Corresponde à limitação formal a necessidade de que o ato que defina crimes ou contravenções e comine penas seja emanado do Poder Legislativo e que este ato tenha o *status* de lei. No tocante à limitação material, implica dizer que não é qualquer conteúdo que pode estar contido no texto legal que define um delito ou comina uma pena, devendo respeitar a taxatividade e a justiça, que aqui pode ser também entendida como proporcionalidade entre a conduta praticada e a pena a ser imposta.

Sem se afastar desses dois aspectos, Ela Wiecko V. de Castilho⁸⁴ afirma que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro outros princípios, quais sejam, anterioridade da

continuação, atribui ao juiz ampla possibilidade de atuar ex officio, predomina a forma escrita dos atos, o contraditório e o direito de defesa são bastante limitados (defesa técnica), e, por derradeiro, a própria coisa julgada pode ser violada.

Em definitivo, o processo de execução concebido pela LEP é inquisitório, incompatível com a matriz democrática-garantista e, portanto, acusatória, da nossa Constituição (...).

⁸¹ CARVALHO, Salo. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: _____. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 423.

⁸² QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 09-41. p. 11.

⁸³ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

⁸⁴ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle de legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

lei penal, proibição de se valer do direito costumeiro para identificação de práticas criminosas, proibição de fazer uso da analogia *in malam partem* e proibição de incriminação vaga e indeterminada.

A primeira implicação, da anterioridade da lei penal, preconiza que não há crime sem lei anterior que o defina, isto é, que descreva determinada conduta como punível, estendo-se essa derivação às normas agravadoras. Completa-se com a prescrição de que não se pode aplicar uma pena sem lei anterior que a preveja, de tal maneira que a lei nova só poderá regular futuras condutas. Desse modo, vigora a irretroatividade da lei penal, que se dirige tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito; tem-se também como princípio reitor a não ultra-atividade da lei penal desfavorável; aplicando-se retroativamente ou ultra-ativamente tão só a lei penal que seja mais favorável ao réu. Essa exceção, expressamente consagrada na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL⁸⁵ – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – é em prol da liberdade do indivíduo, não desfigurando o princípio em apreço.

Um segundo desdobramento da legalidade em matéria penal é o da proibição de fazer uso do direito costumeiro como meio de identificação de práticas criminosas, pois tal função é atribuída à lei, sendo, então, “reserva legal”. Acrescente-se também a proibição do uso dos princípios gerais do direito e das demais fontes do direito para a criação de novos delitos ou cominação de penas.⁸⁶

Neste mesmo sentido tem-se a terceira decorrência da legalidade, que é a proibição de utilização de analogia *in malam partem*, que agravem a situação do acusado.

Por fim, a proibição de incriminação vaga e indeterminada, isto é, a premência de determinação e taxatividade impõe ao legislador a redação de tipos penais com a máxima determinação possível e ao juiz a interpretação restritiva dos dispositivos.

⁸⁵ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

⁸⁶ Luís Flávio Gomes esclarece que (...) *O princípio da legalidade, no que diz respeito ao âmbito do direito sancionatório, tem estreito vínculo com o tema ‘fontes do Direito Penal’, valendo observar que nossos doutrinadores distinguem a fonte de produção (quem pode produzir, criar as normas de Direito Penal?) das fontes formais ou de conhecimento (que forma devem ter as normas penais?). O Estado é a única fonte de produção do Direito Penal no Brasil, isto é, compete privativamente à União legislar sobre esse assunto (CF, art. 22, I). As fontes formais dividem-se em imediata (lei) e mediata (costumes, princípios gerais de Direito). No que diz respeito às normas incriminadoras (que criam crimes e definem penas, sejam estas clássicas ou alternativas) ou agravadoras (que prejudicam o acusado de qualquer outro modo: aumento de pena, agravamento na execução da pena etc.), somente a lei é fonte do Direito Penal; já os costumes, a analogia e os princípios gerais só são admitidos quando beneficiam o acusado ou o réu. (...)*

GOMES, Luís Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão.** 1.ed. 2^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

Embora tais desdobramentos sejam em relação ao direito penal material, há que se reconhece-lhos incidentes no direito processual penal e na execução penal, na medida em que não só as normas de direito penal material trazem uma restrição da liberdade individual, restando essa também restringida por normas processuais penais e do direito da execução penal, sendo impositivo que tal garantia contra os arbítrios estatais sejam estendidas a esses campos⁸⁷. As normas processuais penais que têm aptidão de restringir a liberdade do indivíduo são denominadas pela doutrina de normas processuais penais de conteúdo material, em contraposição às normas processuais formais, que se tratam puramente de normas de procedimento, que não se submetem às derivações do princípio da legalidade, estando regidas pelo princípio do *tempus regit actum*. Ocorre que a Lei de Execuções Penais apresenta normas de direito penal material, normas processuais penais materiais e normas processuais formais, estando submetidas à legalidade estrita e suas decorrências o primeiro e o segundo tipo de normas⁸⁸.

Por todo o exposto, o princípio em análise ganha peculiares contornos quando transportado para o âmbito da execução penal. A Lei de Execuções Penais⁸⁹, em seu artigo 3º, expressamente prevê: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” E adota o corolário da legalidade em todo o regramento da execução, como prevê o tópico 19 de sua Exposição de Motivos: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.” José Daniel Cesano⁹⁰ afirma que a Constituição Argentina expressamente prevê a incidência da legalidade no processo de execução e define esse princípio no âmbito executivo como sendo um conceito “(...) que pone énfasis en la reserva absoluta de ley como única fuente se intervención

⁸⁷ Andrei Zenkner Schmidt faz alusão a essa constatação: (...) *O grande problema, na verdade, é a percepção de que não só as normas materiais, senão também grande parte das normas processuais e de execução lesam os direitos de liberdade do processado e do apenado, e, nesse caso, deve-se garantir-lhos contra a possibilidade do arbítrio estatal.* (...)

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 29-76. p. 37.

⁸⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 29-76. p. 40.

(...) A execução da pena encontra-se regulada por normas de direito material (p. ex., as penas de reclusão e detenção), de direito processual material (p. ex., as condições impostas à progressão de regime) e de direito processual formal (p. ex., a expedição de guia de recolhimento como condição necessária ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade). (...)

⁸⁹ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

⁹⁰ CESANO, José Daniel. **Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos**. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007. p. 115.

restrictiva de derechos y que, em nuestro caso, tiene um fortíssimo respaldo en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución histórica (...)".

Ela Wiecko V. de Castilho⁹¹ traça o conteúdo e as consequências do princípio da estrita legalidade quando aplicado na execução de penas:

(...) *O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto.*
(...)

Mesmo diante de expressas previsões, o princípio em apreço apresenta ainda muitos problemas na sistemática da execução criminal. Quando se discute a legalidade executiva, ganha singular relevo a manutenção dos direitos fundamentais do sentenciado dentro do cárcere (aqueles que não foram atingidos pela sentença penal condenatória) e a indispensabilidade de lei para restrição de outros direitos. Essas especiais diretrizes da legalidade executiva são acentuadas por René Ariel Dotti⁹²: “(...) Consiste ela em se demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão. (...)” Quanto à primeira constatação, é forçoso reconhecer que a estrita legalidade executiva determina que todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória são assegurados ao recluso, consagrando uma verdadeira “reserva de direitos” do indivíduo preso⁹³. Já em relação à segunda proposição, tem-se também que a restrição de direitos do

⁹¹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle de legalidade na execução penal:** reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 25.

⁹² DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 463.

⁹³ José Eduardo Goulart assim preceitua: (...) *a fórmula genérica do art. 3º da LEP ao referir-se à garantia de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, tendo em vista sua abrangência, ressalva ou estabelece a reserva dos direitos não tocados pela execução da pena. Daí decorre que, a existência de limites vagos ou incertos como determinantes de restrição a direitos, não encontra, face ao direito positivo, possibilidade de vingar. Eventuais restrições desse tipo, tendo em vista a mencionada reserva de direitos prevista na Lei das Execuções, como consectária do princípio da legalidade, serão repelidas através da utilização dos remédios jurídicos cabíveis, tais como o habeas corpus ou o mandado de segurança, conforme o caso. No entanto, o que importa fixar é que, restrições a direitos do condenado operadas a partir de limitações vagas ou imprecisas, venham elas da sentença condenatória ou da interpretação a que ela se dê, ou ainda, da errônea aplicação da própria lei de execução, são ilegítimas por vulnerarem o princípio da reserva de direitos do sentenciado na execução da pena.*

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal.** São Paulo: RT, 1994. p. 94.

condenado só poderá ser feita por meio de lei, não sendo legítimo tentar-se alcançar os fins da execução penal restringindo indevidamente os direitos do sentenciado. Este é também o entendimento estampado por José Daniel Cesano⁹⁴:

(...) *A nuestro modo de ver – y ésta es otra de las consecuencias derivadas de la garantía de la legalidad – cualquier ley que pretenda restringir um derecho em función del orden y la seguridad del establecimiento, debe quedar subordinada a dos principios que se complementan: **proporcionalidad** (em el sentido de que el sacrificio que supone la restricción del derecho debe estar justificado em atención al mayor valor del interes que se pretende resguardar a través de la limitación) y el de **preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos** (definido sobre la base de que, aun cuando exista um interés razonable, este no puede llegar a esterilizar, em forma absoluta, un derecho constitucionalmente amparado).* (...) [Destaque no original]

A questão da legalidade na execução penal se mostra sensível, ainda, em relação à tipificação de faltas graves que, além dos efeitos administrativos, como aplicação de isolamento celular, geram efeitos judiciais, como prazo de 12 (doze) meses para reabilitação da conduta para fins de benefícios em geral, como livramento condicional, indulto, comutação e progressão; interrupção do lapso para progressão de regime e perda de até 1/3 (um terço) dos dias eventualmente trabalhados e ainda não remidos – ainda que muitos comumente sustentem que seja a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, em manifesto desrespeito à coisa julgada.

As práticas tidas como falta grave estão elencadas nos artigos 50 e 51 da Lei de Execuções Penais⁹⁵. Apresentam elevado grau de indeterminação, afrontando, assim, a já citada decorrência do princípio aqui analisado, que é a taxatividade da lei penal. Essa

⁹⁴ CESANO, José Daniel. *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2007. p. 122.

⁹⁵ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei;

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.”

“Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei.”

implicação, como já assinalado, impõe a existência de um corpo estável e claro de normas incriminadoras, como modo de garantir a segurança jurídica e impedir interpretações distorcidas que deem azo a decisões arbitrárias. A lei certa é, então, uma coibição tanto dos abusos legislativos quanto dos judiciais. Em face da polissemia dos termos empregados nas definições de falta grave, acertada é a constatação de Andrei Zenkner Schmidt⁹⁶, de que a legalidade na qual se funda o atual sistema de execução penal nada mais é do que uma legalidade atenuada. *In verbis*:

(...) a nossa *Lei de Execuções Penais*, (...), está estabelecida num modelo penal de legalidade atenuada, onde a elasticidade e a indeterminação das faltas disciplinares fazem com que o sistema de definição da desviação fundamente-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento quia peccatum, e não quia prohibitum. No plano legislativo, isso importa reconhecer que o objeto do tratamento penal não seja tanto a infração formalmente prevista em lei, mas sim a desviação em si mesma imoral ou anti-social, e isso faz com que o papel da lei, como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados, acabe por desvalorizar-se. (...)

Encerra-se o presente tópico com a singela e óbvia constatação de que ainda há muitos problemas a serem enfrentados – problemas esses afetos ao âmbito dos três Poderes Constituídos e da sociedade, não sendo privativo de nenhum deles – para que o princípio da legalidade na execução penal seja efetivamente satisfeito.

3.3. PRINCÍPIO-GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio-garantia do contraditório e ampla defesa está insculpido na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV⁹⁷: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *et al. Crítica à execução penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2007. p. 29-76. p. 41.

⁹⁷ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

Antonio Magalhães Gomes Filho⁹⁸ defende a incidência dessa garantia constitucional ao processo de execução criminal nos seguintes termos:

(...) Reconhecer na execução penal a estrutura de um processo com tais características [contraditório e ampla defesa] – e não mero procedimento destinado à efetivação de sanções – implica admitir, com efeito, um correspondente desenvolvimento dialético, através do qual ‘a simetria das posições objetivas, a sua mútua implicação e a sua substancial paridade se traduzem, para cada um dos participantes, na possibilidade de dialogar não episodicamente, mas sobretudo de exercitar um conjunto de controles, reações e escolhas’. (...)

Aury Lopes Junior⁹⁹ salienta que o contraditório decorre do *nulla probatio sine defensione*, isto é, é um método de confrontação da prova no qual se busca a comprovação da verdade. A noção clássica de seu conceito evidencia a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Acresce-se a essa noção tradicional uma terceira faceta, que é a capacidade de influência, isto é, a informação deve ser suficiente e a reação efetiva a fim de serem aptas a influenciar o julgador.

De certo modo, Antonio Scarance Fernandes¹⁰⁰ ressalta a necessidade de efetividade do contraditório no processo penal e, aqui singularmente considerado, na execução de penas – até mesmo pela expressão empregada pelo autor, qual seja, “durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento”, que só se cumpre com o fim da expiação da pena –, o que ratifica a faceta da aptidão de influência:

(...) No processo penal, é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. (...)

⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal**: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46. p. 41.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 384-385.

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 57.

Em conformidade com tal entendimento, Rogério Lauria Tucci¹⁰¹:

(...) *Essa contrariedade, ademais, deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, 'perquirida à exaustão, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do' indivíduo enredado na persecutio criminis.*

É o que temos repetidamente afirmado, sobrelevando que 'o direito deste à contraditoriedade real assume a natureza de indisponível, dada, precipuamente, a indisponibilidade dos interesses em conflito, de sorte a apresentar-se como autêntica expressão de sua liberdade jurídica, a saber: conferindo-se 'ao acusado o direito à jurisdição penal, exercido por meio de um processo no qual se lhe assegure ampla defesa, sobretudo em razão de atividade marcantemente contraditória, - define-se a respectiva defesa como expressão da liberdade jurídica, inerente ao seu status libertatis e, mais especificamente, ao ius libertatis.' (...) [Destaque no original]

Assim, a paridade de armas e o tratamento isonômico das partes são consectários do contraditório¹⁰². O princípio da isonomia na execução de penas apresenta duas vertentes. A primeira delas se refere a *par conditio* entre o sentenciado e a acusação, que, conforme Iñaki Rivera Beiras¹⁰³, significa que as partes do processo tenham os mesmos meios de ataque e defesa, com idênticas possibilidades de alegação, prova e impugnação, o que implica em assegurar uma igualdade substancial, isto é, o juiz tem o dever de criar mecanismos para que as partes, indiscutivelmente desiguais – de um lado o Estado e de outro o sentenciado –, sejam iguais substancialmente, de modo que haja um tratamento desigual para os desiguais, buscando-se a real igualdade. A segunda vertente diz respeito ao tratamento do sentenciado com os demais presos, que estão em mesma situação. O tratamento igual, nesse segundo aspecto, encontra limites na lei, pois “(...) a sentença condenatória não atinge todos os condenados de maneira homogênea (...)”, conforme José Eduardo Goulart¹⁰⁴. Sem desprezar o

¹⁰¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 1993. 501 f. Titularidade (Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1993. p. 211-212.

¹⁰² A Constituição Federal assegura o princípio da igualdade em seu artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...).” Há também garantia do princípio da igualdade na Lei de Execuções Penais, artigos 3º e 41, XII, respectivamente: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.” e “Constituem direitos do preso: (...) XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena (...).”

BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

¹⁰³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria**. 1.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 317.

(...) ‘igualdad de armas’ (...); es decir, que las partes procesales tengan los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. (...)

¹⁰⁴ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 107.

segundo aspecto, que deve ser escorreitamente observado na execução penal, verifica-se que, para a efetivação do contraditório, é necessária a aplicação do princípio da isonomia em sua primeira vertente.

O contraditório exige a informação, a possibilidade de participação e a capacidade de influência que, na execução penal, se torna mais sensível, sendo imperioso que essa garantia se desenvolva em audiência. É o chamado direito de audiência, que assegura ao sentenciado o direito de estar pessoalmente com o juiz da execução penal e, então, participar de modo eficaz de seu livre convencimento acerca dos incidentes que interferem e modificam o seu cumprimento de penas. A audiência deve ser marcada pela oralidade, por imposição do sistema acusatório e da dialética do contraditório. A especial característica da aptidão de influência é acentuada por Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁵ ao tratar da defesa do condenado na execução penal, mas que está atrelada ao contraditório, na medida em que o contraditório e a ampla defesa estão imbricados, correspondendo a duas facetas de uma mesma garantia que não se efetiva quando ausente um deles:

(…) *A defesa do condenado no processo de execução penal não se confunde, pois, simplesmente, com a eventual oposição às pretensões dos órgãos estatais incumbidos de promover o cumprimento das penas impostas, mas se caracteriza, antes de tudo, como um conjunto de garantias através das quais o sentenciado tem a possibilidade de influir positivamente no convencimento do juiz da execução, sempre que se apresente uma oportunidade de alteração da quantidade ou da forma da sanção punitiva. (…)*

A imprescindibilidade de audiência na fase executiva do processo penal é lembrada por Geraldo Prado¹⁰⁶:

(…) *Além do deslocamento do julgador para o ponto central do processo de execução, deixando ao Ministério Público a iniciativa, é imperativo que se assegure a dinâmica do contato pessoal entre juiz e condenado, propiciada verdadeiramente pela predominância da forma oral de procedimento, que pode oferecer ao juiz algo das sensações e das dificuldades experimentadas pelos condenados no cumprimento das mais variadas modalidades de pena e dar ao magistrado, que as desconhece, o sentido dos limites e possibilidades reais dos seres humanos em condições desfavoráveis.*
(…)

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal:** lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46. p. 41.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 411-412.

O sentido dos gestos, tom de voz, a força de argumentos que um defensor pouco hábil desconsidera e, principalmente, a possibilidade do condenado sentir-se confiante para revelar ao juiz, diretamente, as experiências mais arbitrárias que possa estar sofrendo, tudo isso demonstra que a forma primeira do procedimento de execução deve ser a oral, ao contrário do que está preconizado no artigo 196 da lei de execução. Hoje, o procedimento na execução penal é tudo, menos predominantemente oral. (...)

No mesmo sentido Iñaki Rivera Beiras¹⁰⁷, ao afirmar que “*(...) el procedimiento habría de regirse por el principio de oralidad; el cual, a su vez, está en íntima relación con el principio de inmediación. Este último supone que la actividad procesal há de transcurrir ante la presencia del titular del órgano jurisdiccional.*” (...)

O contraditório, que se materializa pela informação, reação e influência, incidente em todas as manifestações, tanto da acusação quanto da defesa, até mesmo para garantir o seu caráter dialético e o sistema acusatório contemporâneo, quando ausente, pode gerar nulidade do processo. E aí, as regras de nulidade a serem observadas são as inscritas no Código de Processo Penal, tendo sempre em mente as diretrizes da prejudicialidade e da instrumentalidade, no sentido de que se preserva o ato quando não observada a forma se não trouxer nenhum prejuízo a nenhuma das partes, porque a forma é um instrumento e não um fim em si mesma¹⁰⁸.

A segunda face desse princípio-garantia preconizado pela Constituição Federal e regente de todos os processos, indiscutivelmente também o de execução penal, é a ampla defesa. A ampla defesa tem um cariz dúplice: compõe-se pela autodefesa e pela defesa técnica.

A autodefesa é feita pelo apenado, podendo ser positiva ou negativa, de acordo com a conduta do preso, podendo, assim, ser uma ação ou omissão. A autodefesa positiva é muito usada na execução penal por intermédio das cartas enviadas pelos presos para tentativa de efetivação desse direito. O direito à audiência, ao contato pessoal com o magistrado, além de

¹⁰⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. 1.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 321.

¹⁰⁸ Antonio Scarance Fernandes, ao discorrer sobre o Ministério Público na execução penal, afirma que são observadas as regras gerais do Código de Processo Penal no tocante às nulidades: (...) *Devem ser levados em conta os princípios gerais estabelecidos no estatuto processual penal: só será declarada a nulidade se houver prejuízo para o Ministério Público (art. 563), não poderá ele arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha ocorrido, ou referente a formalidade cuja observância só interessa ao sentenciado (art. 565) e não será declarada a nulidade do ato processual se não houver influído na decisão (art. 566).*

FERNANDES, Antonio Scarance. O Ministério Público na Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal:** lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 25-36. p. 33. Acrescente-se que não apenas em relação ao Ministério Público, mas também em relação à defesa do condenado deverão ser observadas as regras gerais das nulidades.

ser uma concretização do contraditório, consiste também em um dos recursos da ampla defesa, pois só assim o juiz tomará real conhecimento acerca da situação do condenado.

Não é de se olvidar, também, da autodefesa negativa, que corresponde ao direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal¹⁰⁹: “(...) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...).” O sentenciado tem o direito de permanecer calado sem que isso lhe acarrete consequências jurídicas. Isso em decorrência do próprio sistema acusatório, pois a própria feitura de uma eventual prova que lhe incrimine é ônus processual da acusação, não estando o recluso obrigado a fazer uma prova ou sofrer algum prejuízo por se omitir em colaborar com a atividade probatória. Esse aspecto da ampla defesa, componente da autodefesa, embora assegurado constitucionalmente, é de modo arbitrário tolhido do preso pela autoridade administrativa e até mesmo pela autoridade judicial. Toma-se como exemplo as sanções coletivas impostas pela autoridade administrativa e homologadas pela autoridade judicial a toda a coletividade de habitantes de uma determinada cela ou de um determinado raio, pois ninguém quis assumir a propriedade do objeto ilícito apreendido ou a autoria de ato tipificado como falta grave. É situação típica na qual o direito de silêncio, em manifesta afronta ao mandamento constitucional, implica em prejuízo jurídico para o indivíduo que cumpre a reprimenda.

A prescindibilidade da autodefesa não retira seu *status* de um dos recursos inerentes à ampla defesa, não sendo permitido, então, sua subtração pela autoridade judicial ou administrativa, cabendo tão somente ao acusado, e, na execução de penas, ao condenado, averiguar sua necessidade e optar pelo seu exercício ou não.

Já a segunda vertente do direito de defesa é a defesa técnica que, desde já se ressalte, é indispensável. A defesa técnica deverá ser exercida por um profissional com conhecimentos teóricos do direito e está prevista no rol dos direitos do condenado, artigo 41, incisos VII e IX da Lei de Execuções Penais¹¹⁰⁻¹¹¹.

¹⁰⁹ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

¹¹⁰ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. “Art. 41. Constituem direitos do preso:

(...) VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

(...) IX – entrevista pessoal e reservada com advogado. (...)

¹¹¹ Antonio Magalhães Gomes Filho, ao analisar a Lei de Execuções Penais, defende que a LEP não foi clara ao disciplinar a defesa técnica: (...) *A Lei de Execução Penal, todavia, não foi clara a respeito, estabelecendo que no procedimento judicial correspondente às situações nela reguladas serão ouvidos o condenado e o Ministério Público, quando não figurarem como requerentes da medida (art. 198) (sic). Também do art. 143, que se refere à revogação do livramento condicional, o texto legal menciona somente a ouvida do liberado sem qualquer alusão à participação da defesa técnica. (...)*

A justificação da defesa técnica, segundo Aury Lopes Junior¹¹², dá-se por conta

(...) da presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o preso a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo administrador, promotor ou mesmo pelo juiz. (...)

A paridade de armas, já assinalada quando da explanação sobre o contraditório, aqui também é corolário da defesa técnica, pois esta é erigida para compensar a inferioridade do condenado, leigo em direito, em face da acusação, que é órgão técnico.

O autor retrocitado¹¹³ afasta o argumento de que a defesa técnica é substituível pela postulação do sentenciado, assegurada pelo artigo 41, inciso XIV da LEP¹¹⁴. Isso porque a defesa técnica é indisponível e imprescindível e em nenhum momento pode ser substituída pela capacidade postulatória do apenado, que se trata, na realidade, do exercício de seu direito de autodefesa.

A defesa técnica é vista, também, como controle da atuação do Estado na execução das penas e, como tal, configura direito subjetivo do sentenciado contra o Estado, cabendo a este nomear defensor dativo se na jurisdição do cumprimento de penas não estiver instalada a Defensoria Pública.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal:** lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46. p. 42. Embora tenha sido incluída em alguns dispositivos da LEP a previsão de atuação da Defensoria Pública em uma mudança legislativa de 2010, nestes comentados por Antonio Magalhães Gomes Filho (art. 143 e 195) não foram feitas quaisquer alterações, o que evidencia que a Lei de Execuções Penais é pouco sistemática e ainda premente de grandes mudanças para afastar seus traços inquisitoriais, alguns deles já apontados anteriormente.

¹¹² LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 388.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 389-390. (...) Talvez o ponto nevrágico da ausência de defesa técnica venha de frágil justificativa de que o preso tem plena capacidade postulatória (art. 41, XIV, da LEP). É uma falácia, que serve apenas para acobertar o imenso prejuízo que ele sofre pelo abandono. O preso não deve possuir capacidade postulatória, porque isso é uma falsa vantagem. Ele tem que ter, isso sim, um defensor, pois a defesa técnica é imprescindível e indisponível. Tal situação é agravada ao extremo quando cotejada com o mofado discurso de que na execução todos são advogados do preso (juízes, promotores, servidores etc.).

Tecnicamente, tais construções não encontram o menor amparo legal ou constitucional e só contribuem para aumentar o abandono e a injustiça que sofrem os apenados. São argumentos intimamente vinculados ao discurso inquisitivo e autoritário, completamente incompatíveis com o paradigma constitucional e garantista-acusatório que defendemos, e seus seguidores causam um imenso prejuízo ao sistema. (...)

¹¹⁴ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

Iñaki Rivera Beiras¹¹⁵ coloca a defesa técnica como instrumento para assegurar o contraditório. Conforme seu ensinamento:

(…)*si el principio de contradicción tiene como notas sobresalientes las de evitar que se produzca indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, tales notas sí que han de verificarse en la ejecución penal. El reconocimiento del derecho de defensa propio de un ‘Estado social y democrático de derecho’ há de suponer que el interno pueda contar com um asesoramiento letrado gratuito durante todo el cumplimiento de la pena. (…)*

3.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Esta garantia está elencada no rol do artigo 5º, mais especificamente no inciso XLVI, da Constituição Federal¹¹⁶, que claramente preconiza que “a lei regulará a individualização da pena (...)” e é integrada pela disposição dos incisos XLVIII e L, que asseguram, respectivamente, o cumprimento de penas em estabelecimentos penais diferenciados e a especial atenção à mãe presidiária que está em período de amamentação¹¹⁷. O conteúdo desse princípio corresponde ao entendimento de que a pena aplicada deve guardar relação com e ser adequada à pessoa do condenado e suas individualidades e também guardar proporção com as características do delito cometido. Por isso muitos defendem se tratar de um princípio decorrente da proporcionalidade¹¹⁸.

¹¹⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. 1.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 317.

¹¹⁶ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

¹¹⁷ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988. Art. 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (...).” Inciso XLVIII: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (...).”

Inciso L: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (...).”

¹¹⁸ O princípio da proporcionalidade apresenta três vertentes: proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação. No particular campo do direito de execução penal, esses contornos ganham singular relevo. Assim, a proporcionalidade em sentido estrito implica assegurar uma ponderação entre as consequências do delito praticado e o mal a ser infligido ao condenado por intermédio da pena aplicada. Isto é, um juízo de valoração entre a restrição do direito de liberdade em função da aplicação da pena e os fins a que esta busca alcançar. Já a necessidade importa dizer que a pena deve ser necessária em razão da prática cometida e por meio do Direito Penal, como a *ultima ratio*. Desse modo, a sanção do Direito Penal será necessária quando todas as outras sanções, de outras naturezas, não forem suficientes para coibir ou reparar o mal causado pela prática do delito. Por fim, a terceira faceta, da adequação, exige que haja uma correlação entre o meio eleito (pena) para alcançar o fim da pena (prevenção de delitos), i.e., a pena só será adequada se ela puder alcançar o seu objetivo. Muitas implicações do princípio da proporcionalidade podem ser apontadas, como os princípios da insignificância, do *non bis in idem* e também a individualização da pena.

A individualização da pena se dá em três fases: na legislativa, na judicial e na execução penal. A pena é individualizada na lei quando o legislador – fazendo uso de critérios os mais diversos possíveis, como sociais, políticos, econômicos, ideológicos, entre outros – escolhe quais condutas irá tipificar como crimes e a elas cominar sanções. Contudo, não é qualquer conduta que pode ser eleita como delito, devendo ter respaldo na realidade subjacente, pois, como já se enfatizou por diversas vezes neste trabalho, o Direito não é alheio à realidade. Consiste, essa garantia, em um limite para o poder do legislador de criação de normas incriminadoras.

O segundo momento de individualização é a sentença, na qual o juiz adapta a pena a ser aplicada à pessoa do condenado e em proporção com as condições, consequências e circunstâncias do delito cometido, sempre operando dentro da margem de possibilidades previamente fixada pela lei, orientando-se pelas diretrizes da individualização, culpabilidade e proporcionalidade. Trata-se do “ajustamento da pena às condições do fato concreto (...)", de acordo com José Eduardo Goulart¹¹⁹.

A culpabilidade, neste segundo momento de individualização da pena, é o limite e, ao mesmo tempo, garantia que o indivíduo tem perante o Estado, no sentido de que a pena imposta pelo Estado não pode ir além da culpabilidade do apenado, nem ultrapassar a pessoa do condenado, tendo-se o que é chamado de princípio ou postulado da personalidade, uma vez que a pena, necessariamente, tem de ser dirigida ao autor da infração¹²⁰⁻¹²¹.

É a ocasião precípua na qual o juiz ajusta a pena às condições do fato em concreto, referido. A individualização se dá pela escolha da pena adequada ao caso concreto, o regime inicial de cumprimento, eventual substituição da pena ou suspensão, ou seja, os aspectos quantitativos e qualitativos da sanção imposta, sempre atentando para as diretrizes do artigo

¹¹⁹ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 97.

¹²⁰ (...) constata-se, pois, que ela [pena] dirige-se à pessoa do condenado, não podendo ultrapassá-la e operando em função da culpabilidade daquele, enquanto indivíduo responsável capaz por suas ações, bem como, sujeito de direitos e deveres para com a comunidade. Nestas condições, a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração penal, daí derivando seu caráter de personalidade. (...)

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 96.

¹²¹ Odon Ramos Maranhão expressamente afirma que a culpabilidade é condição da pena: *Considera-se, então, o delito como a ação típica, antijurídica e culpável. Assim conceituada, caracterizar-se-ia por dois elementos objetivos: sua tipicidade e sua antijuridicidade, aliados a outro de natureza subjetiva: a culpabilidade. Este, contudo, pressupõe seja o autor imputável, pois ‘não poderá ser objeto de reprovação quem não tenha capacidade para tanto’.* Assim, atualmente, aceita-se que ‘a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição da pena’.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28.

59 do Código Penal, que determina que a aplicação da pena deve levar em consideração a conduta do agente, sua personalidade, sua culpabilidade, seus motivos, seus antecedentes, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Insta constar que deve atender aos critérios da necessidade, proporcionalidade e adequação, em razão de, como já explanado, a imbricada relação entre o postulado da proporcionalidade e o da individualização da pena.

A última fase se dá na execução da pena, na qual não pode haver desvio do que estabelecido na sentença. Ao longo do cumprimento, a intensidade da pena imposta pode variar, dentro dos limites legais e da sentença condenatória, de modo que sempre será necessário individualizá-la para atender à situação específica do indivíduo recolhido.

Quanto a essa última relação, impende explorá-la mais detidamente. Já na Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais é aventado, em seu item 26, o requisito da classificação dos condenados a ser empregado no início do cumprimento da pena. O item seguinte, por sua vez, expressamente consigna que o princípio da individualização da pena tornar-se-á uma falácia se não for feita a classificação do apenado¹²². Da mesma forma o artigo 5º da Lei de Execuções Penais¹²³: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

A classificação deve ser feita por intermédio de sistemas de classificação, que devem adotar determinados critérios, alguns dos quais são descritos por José Eduardo Goulart¹²⁴:

(…)*Assim, devem ensejar pesquisas etiológicas, isto é, devem buscar a natureza da causa ou causas do comportamento do delinquente; por outro lado, os sistemas em questão devem ser tão amplos quanto possível, vale dizer, devem proceder a análise*

¹²² BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos da LEP, Item 26: “A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é desdobramento lógico do princípio da *personalidade da pena*, inserido entre os direitos e garantias constitucionais [embora se refira à Constituição de 1967 e Emenda Constitucional de 1969, tem-se este princípio também consagrado na Constituição Federal de 1988]. A exigência dogmática da *proporcionalidade da pena* está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.”

Item 27: “Reducir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.”

¹²³ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

¹²⁴ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 99.

de similitudes e discrepâncias para se formar grupos razoavelmente homogêneos, cobrindo um campo tão vasto quanto possível; devem, ainda, os referidos sistemas estabelecer tipos que se excluam mutuamente, através da apurada caracterização de cada um deles, através da definição de cada um por elementos claros e compreensíveis; devem, igualmente, tais sistemas considerar as características da personalidade do agente: pessoas aparentemente iguais reagem de modo diversificado a estímulos externos semelhantes. Na origem do comportamento criminoso, o meio atua poderosamente em dois momentos: ao tempo do fato e no período formativo da personalidade, relacionando experiências atuais e antigas e dando margem a respostas diversificadas. Por isso, fatores que prejudicam ou comprometem a formação da personalidade ou que a prejudiquem terão de serem consideradas. Por fim, devem as classificações ensejar conclusões terapêuticas e prognósticas, ou seja, possibilitar a adoção de medidas assistenciais a serem empregadas durante a execução da pena e possibilitar o estabelecimento de prognósticos quanto à evolução futura do sentenciado. (...)

Por tais razões, e tendo em conta o texto de lei, a individualização da execução penal obrigatoriamente far-se-á utilizando-se os antecedentes do sentenciado, que, na realidade, correspondem à história de vida do apenado e, então, não se resumem à sua vida jurídica-criminal, sendo esta somente uma faceta do conceito, que é mais amplo e plural; bem como a personalidade do sentenciado, que é “a maneira de ser e de funcionar de um psiquismo humano”¹²⁵.

A obrigatoriedade de exame criminológico para o condenado à pena em regime inicial fechado e a faculdade deste mesmo procedimento em relação ao condenado à pena em regime inicial semiaberto é desdobramento do princípio da individualização da pena¹²⁶.

José Eduardo Goulart¹²⁷ ainda enfatiza que a classificação do condenado se presta a um juízo no qual é feita a correlação entre o indivíduo condenado e o modo pelo qual a pena aplicada na sentença penal condenatória vai ser executada, salientando, então, a proporcionalidade.

Nesta linha de argumentação, tem-se que a individualização da execução da pena também se manifesta na progressão de regimes e outros benefícios. O cumprimento

¹²⁵ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 100.

¹²⁶ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984. Artigo 8º da LEP: “O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.”

¹²⁷ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 109.

(...) *Essa proporcionalidade, na execução penal, será estabelecida através da classificação do condenado, de maneira a estabelecer correspondência entre este e o modo pelo qual a pena que lhe foi imposta venha a ser adequadamente executada, após o exame de sua personalidade e do fato a ele imputado. (...)*

progressivo da pena, com fim de tentar buscar a reabilitação do apenado, é também corolário da individualização da pena na execução, haja vista que o comportamento do sentenciado ao longo da expiação interfere qualitativa e quantitativamente em sua pena. Àquele que tem bom comportamento e cumpriu o lapso temporal exigido em lei, deve-lhe ser conferida a progressão a regime menos rigoroso. Hilde Kaufmann¹²⁸ faz uma descrição de três tipos de estabelecimentos penais existentes na Alemanha (e que, similarmente, estão previstos na Lei de Execuções Penais), cuja diferenciação entre eles e suas finalidades constituem um dos pilares para se fazer uma reforma na execução penal e se tentar humanizá-la e adequá-la ao ideal da reabilitação:

(...) Por supuesto que tenemos los tres tipos fundamentales de establecimientos, que se diferencian conforme al grado de aislamiento del mundo exterior y de la seguridad respecto de una fuga, esto es, establecimientos cerrados, establecimientos de ejecución flexible y establecimientos abiertos. La primera categoría corresponde a la prisión clásica con rejas, celdas individuales y control permanente. El aislamiento de los internos con el exterior, eso sí, se hace paulatinamente más flexible. Hay presos que trabajan fuera del establecimiento, hay, en parte, permisos de fin de semana y una serie de otras medidas semejantes. En los establecimientos semi-abiertos, los presos viven en comunidad habitacional, esto es, sus celdas o piezas quedan abiertas durante el día, tienen um espaço comunitário, tienen libre contacto entre ellos, van dentro del establecimiento libremente al trabajo, trabajan em parte también fuera del establecimiento hacia afuera, sin embargo, los establecimientos tienen las disposiciones de seguridad y los controles habituales. En los establecimientos abiertos faltan aquellas disposiciones de seguridad, los presos andan solos durante el día y van sin ningún control al trabajo fuera del establecimiento y vuelven em la tarde a una hora determinada. Estos tipos fundamentales de establecimientos, en mi opinión, por de pronto no se pueden abandonar. (...)

O cumprimento progressivo da pena impõe que o condenado passe pelos diversos tipos de estabelecimentos penais, sendo diferenciado para cada um deles o momento, a forma e o período a ser cumprido em cada um dos regimes, de acordo com suas características subjetivas do recluso. Trata-se de direito subjetivo do condenado quando preenchidos os requisitos exigidos em lei. Entretanto, na prática surge o problema da falta de vagas em estabelecimentos penais adequados, uns entendendo que não fere a individualização da pena nem quaisquer outros direitos constitucionais a manutenção do apenado em regime inadequado e mais rigoroso e outros entendendo que, diante da falta de vagas, em atenção à

¹²⁸ KAUFMANN, Hilde. *Principios fundamentales de uma reforma de la ejecución penal*. In: **Capítulo criminológico 5. Organo del instituto de criminología**. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1977. p. 207-219. p. 208.

individualização da pena, deve ser imediatamente transferido o sentenciado a regime menos rigoroso, como forma de garantia de seus direitos fundamentais.

Ora, é evidente que a opção pela primeira corrente jurisprudencial, além de outros direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, afronta a individualização da pena na seara executiva. Isso porque o sentenciado que já tem direito à progressão, pois preencheu os requisitos exigidos em lei – tendo igualmente valor o lapso temporal e o mérito do sentenciado, esse em muitos casos específicos se sobrepondo ao outro – é equiparado àquele que não tem boa conduta e que não preencheu o requisito objetivo, não havendo, assim, qualquer diferenciação entre eles e o cumprimento de suas penas, caindo por terra o princípio da individualização da pena.¹²⁹ Impende seguir, então, a segunda corrente doutrinária e jurisprudencial, que aceita a transferência do recluso a regime menos gravoso quando inexistente vaga em estabelecimento penal adequado, como forma de assegurar os direitos do apenado que não foram atingidos pela sentença penal condenatória, em respeito à Constituição e à própria Lei de Execuções Penais¹³⁰.

Em suma, o princípio da individualização da pena, para ser integralmente aplicado, tem que se operar em três fases, quais sejam, a legislativa, a judicial e a executiva e não se efetiva completamente se não for observado escorreitamente na execução de penas, onde as

¹²⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A progressão de pena e a inexistência de vagas em estabelecimento prisional. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 137-150. p. 145-146.

(...) Deve-se destacar que dois bens jurídicos estão em confronto: o direito do condenado de ver respeitado seu direito assegurado em lei em face do direito de segurança da sociedade de não ver em seu meio pessoas que ainda não estão aptas a tanto.

De se destacar que ambos os bens jurídicos estão tutelados pelo ordenamento jurídico, na mesma estatura constitucional, de maneira que, para o deslinde da questão, o único critério será o da ponderação de bens jurídicos.

A melhor doutrina leciona que existe ‘o princípio constitucional da reeducação e ressocialização’ , que se caracteriza pelo ‘binômio preservação social-recuperação. O primeiro elemento abrange as idéias de castigo, aflição, ameaça; o segundo, as de individualização, regeneração, reabilitação’, ou seja, a Constituição visa a recuperação do condenado e reinserção social.

Como bem salientou o Ministro Celso de Mello: ‘A progressão (ou regressão) do sentenciado nos diversos regimes penais existentes traduz a própria realização da norma constitucional que impõe, com evidente vinculação jurídica do Estado, a estrita observância do postulado maior da individualização das penas’. (...) E ainda, expressamente: (...) Entendemos que a decisão que indefere a progressão de regime diante da ausência de vagas afronta o direito à individualização da pena (Constituição Federal, art. 5º, XLVI). (...)

¹³⁰ BIASOTTI, Carlos. Do excesso ou desvio de execução. In: LAGRASTA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. **Execução penal**: visão do TACRIM-SP. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 107-111. p. 109.

(...) Nisto, como em tudo o mais na vida, é necessário que proceda o Magistrado com o arbítrio do varão prudente: comprovada a inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime intermediário, pode o Juiz promover desde logo o sentenciado ao regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar, que isto não ofende o zelo da Justiça, antes é o que a Jurisprudência preconiza [parte dela].

consequências de sua não observância recaem na liberdade do indivíduo, exasperando o cumprimento da sanção penal.

3.5. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

A dignidade da pessoa humana, eleita como fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Federal, artigo 1º, inciso III¹³¹, traz uma incisiva limitação do direito de punir do Estado, impedindo a adoção pelo legislador, em um primeiro momento, de penas que ofendam a dignidade do condenado, que lhe causem sofrimento excessivo ou um aviltamento de sua personalidade. De um modo geral, a dignidade da pessoa humana proscreve a estipulação de penas cruéis ou degradantes.

Há diversas definições para o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Alexandre de Moraes¹³²,

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Wagner de Moura Agra¹³³ conceitua a dignidade da pessoa humana como complexo de direitos inerentes ao ser humano. Helmut Coing¹³⁴ a considera sob dois aspectos: protege a pessoa contra ofensas à sua integridade física e assegura o direito da pessoa de ser respeitada como ente individual.

¹³¹ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

¹³² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60-61.

¹³³ MOURA AGRA, Walber de. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹³⁴ Helmut Coing, *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 140.

Para Oscar Vilhena Vieira¹³⁵, o conceito de dignidade não se confunde com vida ou liberdade, ele “se refere à condição de uma vida que valha a pena ser vivida ou à condição pela qual merecemos ser tratados pelo simples fato de sermos humanos”.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹³⁶, por sua vez, esclarece que a dignidade da pessoa humana é um “valor absoluto” e “supremo”, pois

(...) *Primeiro, porque intrínseco ao indivíduo. E, segundo, porque fundamental à toda a ordenação jurídica. Intrínseco a todo indivíduo, na medida em que ele é imanente, intranscendente e fundamental, posto que diz com a ordenação jurídica, política, social, econômica e cultural. Como princípio fundamental, pois, ele é um dos elementos, que importam se levar em conta, sempre que tenhamos de interpretar texto constitucional ou da legislação ordinária. (...)*

Do primado da dignidade espalham-se consequências em todo ordenamento jurídico: a igualdade entre os homens; a proibição de reduzir o homem a objeto e a garantia de uma existência digna.

A igualdade entre os homens é decorrência natural do princípio da dignidade da pessoa humana, pois este é garantido a todos aqueles que são humanos. Engloba tanto a igualdade formal, todos são iguais perante a lei, quanto a igualdade material, todos são iguais ao se aplicar a lei.

Por meio desse princípio, fica expressamente proibida a coisificação do homem, abrangendo diversas searas do direito. No Direito Penal, o *ius puniendi* do Estado é reduzido pela dignidade da pessoa humana, uma vez que o indivíduo não pode ter sua condição humana depreciada em função do interesse coletivo.

Acrescente-se que a dignidade da pessoa humana é a cláusula geral de tutela da personalidade humana que, repita-se, é preservada – e, a *contrario sensu*, não pode ser alijada em nenhum momento – pela sentença penal condenatória.

No plano da execução das penas, tem-se como desdobramento lógico desse fundamento do Estado de Direito Democrático Brasileiro os direitos assegurados ao apenado, expressamente previstos no artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, que, respectivamente, proíbem

¹³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 64.

¹³⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Direitos humanos e processo penal. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. (Org.). **Direitos humanos:** visões contemporâneas. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 107-121. p. 107.

as penas cruéis, desumanas e degradantes e as de morte ou caráter perpétuo, ao mesmo tempo, tutela a integridade física e moral do recluso¹³⁷.

Segundo José Eduardo Goulart¹³⁸,

(...) o princípio da humanização da pena afasta a aplicação de penas cruéis, desumanas e degradantes. Tais modalidades de pena são incompatíveis com a dignidade da natureza humana, constituindo-se em modalidades de castigos, que repudiam ao senso moral da comunidade democrática, pois, ofendem 'a dignidade que sempre permanece em maior ou menor escala, até no pior delinquente'. (...)

Mas não é só esse desdobramento que decorre da dignidade da pessoa humana e, assim, do princípio da humanidade. É impositivo ao Estado que as penas constitucional e legalmente admitidas sejam executadas de modo a não afrontar a dignidade da pessoa do condenado¹³⁹. Alvino Augusto de Sá¹⁴⁰ elenca três pontos a serem perseguidos a fim de que se

¹³⁷ BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”

Inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

No mesmo sentido os artigos 10 a 43 da Lei de Execuções Penais, que asseguram assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, ao egresso, bem como o direito ao trabalho interno e externo, o direito à integridade física e moral e os deveres do apenado dentro do cárcere que, em seu conjunto, visam dignificar as condições do cárcere. Tem-se ainda a disciplina da estrutura dos estabelecimentos penais previstas na Lei 7.210/84, com vistas a cumprir a mesma finalidade (artigo 82 a 104). BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

A tentativa de humanização das penas feita pela Lei de Execuções Penais, como claramente se vê da análise dos dispositivos acima citados, esbarra na falta de interesse político para se fazê-la cumprir. Essa é a crítica feita por Manoel Pedro Pimentel:

(...) é muito fácil, no papel, colocarmos que cada comarca deve ter uma cadeia pública com celas individuais; é fácil dizer isto, mas é extremamente difícil conseguir que o Estado dê os recursos para isso; é fácil dizermos aqui, como está no artigo 7º, parágrafo único do projeto [comentário feito quando a LEP ainda não estava em vigor], 'nos demais casos a Comissão atuará junto ao juiz da execução e será integrada por fiscais do serviço social'. É muito fácil falar, mas, no momento em que o Estado deve criar cargos de fiscais para cumprir essa missão de atuar junto ao juiz da execução, a coisa complica muito; como também complica em relação aos patronatos, em que na verdade o custo operacional do acompanhamento do egresso não é suportável para os orçamentos que são elaborados para a Secretaria da Justiça. A mesma coisa sentimos na Secretaria da Segurança, que somente com muito esforço consegue obter verbas para o essencial, a segurança, que nos permite exercitar todas as outras funções dentro do Estado, com tranquilidade, com ordem, com disciplina, para que o trabalho seja produtivo. (...)

Embora a crítica não seja recente, mostra-se muito atual em face das condições concretas – que é de conhecimento público – dos presídios no país.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos da Execução Penal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** n. 20, p. 53-66, jun. 1983. p. 57.

¹³⁸ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal.** São Paulo: RT, 1994. p. 110.

¹³⁹ QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal.** Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 09-41. p. 26.

(...) Disso também resulta que as penas constitucionalmente admitidas, em especial as privativas de liberdade, não devem ser executadas condignamente, em condições mínimas de higiene, salubridade, etc., assegurando-se o livre exercício dos direitos não atingidos pela privação da liberdade, sob pena de se tornarem inconstitucionais

alcance o respeito aos direitos fundamentais do apenado. O primeiro deles é o afastamento em absoluto do conceito de periculosidade. A Lei de Execuções Penais não mais faz referência a esse conceito, seguindo as tendências modernas da criminologia, que entendem “a conduta criminal como consequência das dificuldades de adaptação social e não estas como resultantes daquela”¹⁴¹. O segundo ponto destacado por Alvino Augusto de Sá é a individualização da pena, como forma de tutela dos direitos fundamentais do sentenciado. O terceiro ponto, por fim, é oportunizar a fruição dos benefícios já previstos em lei.

Mercedes García Arán¹⁴² expõe sua visão acerca do conteúdo do princípio da humanidade, afirmando que ele vai além da proibição de tratos crueis, desumanos e degradantes, abrangendo também a antiga e sempre nova discussão da duração da pena. Uma pena de excessiva duração tem sido entendida como uma pena desumana e degradante. Em suas exatas reflexões:

(…)*El principio de humanidad de las penas, no sólo se asienta en la prohibición internacional de tratos inhumanos y degradantes, sino que tiene expresa declaración en el art. 15 de la CE [Constituição Europeia] que repite dicha prohibición. Es un principio que va más allá de la exigencia de unas condiciones penitenciarias respetuosas con la dignidad humana y afecta a una de las características preocupantes de los actuales sistemas penales (...): la larga duración de las penas.*

La excesiva duración de las penas de prisión, no solo contradice el objetivo resocializador, sino que ha sido claramente definida como uno de los factores que determinan la consideración de una pena como inhumana o degradante. (...) [Destaque no original]

Embora a doutrina e o direito posto, tanto no plano nacional como no internacional¹⁴³, apregoam o respeito à dignidade do recluso e o consequente princípio da humanidade das

na sua execução, por degradarem a condição humana, inviabilizando a reintegração social do cidadão infrator (Lei n. 7.210/84, art. 41). Significa dizer, noutros termos, que a execução da pena privativa da liberdade há de ser programada de tal como que se evitem, na medida do possível, os efeitos negativos, dessocializadores, próprios da pena de prisão. (...)

¹⁴⁰ SÁ, Alvino Augusto de. A execução penal e direitos humanos. **Boletim IBCCrim**, edição especial, v. 05, n.56, p- 7-8, jul. 1997. p. 7.

¹⁴¹ SÁ, Alvino Augusto de. A execução penal e direitos humanos. **Boletim IBCCrim**, edição especial, v. 05, n.56, p- 7-8, jul. 1997. p. 7.

¹⁴² GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La ejecución penitenciaria em una sociedad cambiante: hacia um nuevo modelo. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario.* n. 30, p. 5-14, 2006. p. 6-7.

¹⁴³ Citem-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros de 1957 e as Regras de Tóquio de 1990, no âmbito das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, no âmbito da OEA.

BRASIL. convenção internacional. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Decreto Legislativo nº 226; 12 de dezembro de 1991.

penas, muito há que se fazer para que os estabelecimentos penais atendam a essa norma, haja vista a conhecida superpopulação dos cárceres, a falta de condições salubres de vida, a falta de higiene e infraestrutura, ausência de assistência médica, religiosa, jurídica, educacional e, enfim, outras tantas mazelas que assolam os presídios, que em nada contribuem para o propósito e ideal da ressocialização.

BRASIL. convenção internacional. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto Legislativo nº 678; 6 de novembro de 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. convenção internacional. Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros. Resolução 663 C I (XXIV) do Conselho Econômico e Social da ONU; 31 de julho de 1957.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. convenção internacional. Regras de Tóquio. Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU; 14 de dezembro de 1990.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo, tem-se o singelo intuito de analisar alguns julgados recentes à luz dos princípios propostos e tentar demonstrar a total inobservância dos princípios constitucionais afetos à execução penal na realidade prática. Os julgados foram retirados do site do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, anote-se, é o estado que conta com a maior população carcerária do país. Insta consignar que não foi feita uma busca exaustiva sobre os julgados por dois motivos: o primeiro deles se refere à inaplicabilidade prática e desviante da proposta do trabalho, eis que se busca aqui tão somente expor os problemas da falta de sistematização e entendimento adequado da disciplina da execução penal e seus princípios informadores; o segundo refere-se à facilidade de se encontrar julgados relacionados à disciplina da execução de penas que simplesmente não observam os princípios anteriormente expostos e perpetuam uma prática que se mostra em desacordo com o Estado Democrático e de Direito insculpido na Constituição Federal de 1988, constatação essa que se faz com muito pesar.

Feitos os devidos esclarecimentos, começa-se pela análise de um *Habeas Corpus*, de nº 0035239-51.2012.8.26.0000, da Comarca de Suzano, julgado em 24 de maio de 2012¹⁴⁴, cujo recurso (*sic*) sequer foi conhecido, em que era alegada a configuração de constrangimento ilegal em função da manutenção de preso condenado em definitivo em estabelecimento penal destinado a presos provisórios. A Ementa do julgado é a seguinte:

HABEAS CORPUS – Execução penal – Transferência para estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena definitiva – Paciente recluso em Centro

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HABEAS CORPUS – Execução penal – Transferência para estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena definitiva – Paciente recluso em Centro de Detenção Provisória – Illegitimidade passiva – Impetração visando a proteção de direito distinto à liberdade de locomoção - Inadequação da via processual eleita – Necessidade de dilação probatória para a análise da matéria administrativa afeta à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que, destaque-se, não importa em violação, ainda que mediata, à liberdade de locomoção do paciente, a qual permaneceria cerceada por eventual troca de estabelecimento prisional, bem como inexiste a comprovação a prima facie da apontada incompatibilidade de convivência entre o reeducando e a população carcerária Precedentes desta Colenda Câmara e Egrégia Corte – Pretensão que ofende à lista cronológica de presos para transferência entre estabelecimentos prisionais, privilegiando o paciente em detrimento à centenas de outros sentenciados com idêntica pretensão, não cabendo guarida pelo Poder Judiciário – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. *Habeas Corpus* nº 0035239-51.2012.8.26.0000. Impetrante Cristina Damaceno Gomes de Oliveira e Rafael de Souza Miranda e Impetrado Secretario de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Silmar Fernandes. DJ, 24 maio 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5924146&vlCaptcha=AEmW>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h45min.

de Detenção Provisória – Illegitimidade passiva – Impetração visando a proteção de direito distinto à liberdade de locomoção - Inadequação da via processual eleita – Necessidade de dilação probatória para a análise da matéria administrativa afeta à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que, destaque-se, não importa em violação, ainda que mediata, à liberdade de locomoção do paciente, a qual permaneceria cerceada por eventual troca de estabelecimento prisional, bem como inexiste a comprovação a *prima facie* da apontada incompatibilidade de convivência entre o reeducando e a população carcerária Precedentes desta Colenda Câmara e Egrégia Corte – Pretensão que ofende à lista cronológica de presos para transferência entre estabelecimentos prisionais, privilegiando o paciente em detrimento à centenas de outros sentenciados com idêntica pretensão, não cabendo guarida pelo Poder Judiciário – HABEAS CORPUS NÃO CÓNHECIDO.

Na fundamentação do referido acórdão ficou expressado que o paciente insurgia-se contra ato administrativo, que estaria sujeito aos critérios de conveniência e oportunidade, não sendo o *Habeas Corpus*, então, a via adequada para discutir providência administrativa e também não importaria mediata violação de seu direito de locomoção. Desta feita e dentre outras considerações, sequer conhecera da ação. Para ilustrar, mister transcrever parte da fundamentação:

(...) impetrantes, portanto, rebelam-se contra **providência administrativa** demora na transferência de preso a outro estabelecimento prisional - por conduto do remédio heroico do *habeas corpus*, revelando-se, por conseguinte, via processual inadequada face à necessidade de dilação probatória para a análise da matéria administrativa afeta à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que, destaque-se, não importa em violação, ainda que mediata, à liberdade de locomoção do paciente, a qual permaneceria cerceada por eventual troca de estabelecimento prisional, bem como inexiste a comprovação a *prima facie* da apontada incompatibilidade de convivência entre o reeducando e a população carcerária. [Destaque no original].

Ora, como explanado anteriormente, a natureza jurídica da execução penal como jurisdicional impõe que toda e qualquer questão atinente ao cumprimento das penas, inclusive o estabelecimento e a comarca em que esta será cumprida, é de competência do Judiciário e não responsabilidade isolada do Poder Executivo e em cuja seara o Poder Judiciário não possa se imiscuir. Note-se que este caso é mais gravoso, pois não se refere a preso recolhido em local adequado como fixado na sentença penal condenatória e que pleiteia a transferência para outro estabelecimento por questões de segurança, para ficar mais perto da família ou quaisquer outros motivos. Trata-se, destaque-se, de preso recolhido em estabelecimento inadequado ao seu regime de cumprimento, cuja situação, como exposta pelo acórdão, transgride somente de modo mediato o direito de locomoção, pois a liberdade de locomoção estaria de qualquer modo restringida se ele tivesse recolhido em estabelecimento adequado. A

atribuição de responsabilidade à Administração Pública para cuidar de transferência de reclusos afronta o princípio da jurisdicionalidade da execução penal.

Ademais, esse aresto afronta, também, o princípio da individualização da pena na execução penal, na medida em que, além de não individualizá-la na fase executiva, sequer dá cumprimento à individualização realizada na fase judicial.

O contraditório e a ampla defesa também são desrespeitados em matéria de execução penal, cuja afronta é devidamente ratificada pelo órgão de segunda instância. No Agravo em Execução nº 0079435-09.2012.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, julgado em 31 de julho de 2012¹⁴⁵, a preliminar por falta de oitiva judicial do sentenciado em procedimento disciplinar apurador de falta grave foi afastada, pois o agravante já havia sido ouvido perante a autoridade administrativa que apurou os fatos. A ementa e parte da fundamentação são dignas de nota:

Agravo em Execução – Remição – Ausência de oitiva judicial Nulidade afastada Falta disciplinar de natureza grave configurada – Desclassificação para infração de natureza média Impossibilidade Restrição da perda do direito ao tempo remido ao mínimo legal de 01 dia – Não cabimento - Fixação da perda de até 1/3 do tempo remido, em consonância com o disposto no artigo 57 da LEP - Reinício da contagem do prazo para cumprimento de benefícios Admissibilidade Contagem de novo período aquisitivo apenas em relação à progressão e à remição - Recurso parcialmente provido.

(…)

Primeiramente, não merece acolhida o pedido de nulidade da decisão, ora combativa, decorrente da não ouvida judicial do sentenciado.

Da leitura dos autos, tem-se que o reeducando, em face do cometimento de infração, foi ouvido administrativamente, em 19/05/2011, devidamente acompanhado do eminente defensor nomeado pela FUNAP (fls. 11) e lhe foi dada oportunidade de defesa exercida com apresentação de razões finais (fls. 15/19). Houve, portanto, oportunidade de justificar sua conduta. Assim, com base nas provas amplamente produzidas em sede administrativa, o respeitável Juízo de origem proferiu a decisão declaratória da perda do direito de 1/3 ao tempo remido (fls.27/28). Dessa forma, manifesta é a atuação jurisdicional, já que a medida partiu de órgão judicial competente. Nesse sentido, note-se que a lei estabelece tão somente a oitiva prévia do condenado. (**Grifo nosso**)

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução – Remição – Ausência de oitiva judicial – Nulidade afastada – Falta disciplinar de natureza grave configurada – Desclassificação para infração de natureza média Impossibilidade Restrição da perda do direito ao tempo remido ao mínimo legal de 01 dia – Não cabimento – Fixação da perda de até 1/3 do tempo remido, em consonância com o disposto no artigo 57 da LEP – Reinício da contagem do prazo para cumprimento de benefícios – Admissibilidade – Contagem de novo período aquisitivo apenas em relação à progressão e à remição - Recurso parcialmente provido. Agravo em Execução nº 0079435-09.2012.8.26.0000. Agravante Douglas Cotrim Cabral e Agravado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Pedro Menin. DJ, 31 jul. 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6059932>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h50min.

A garantia do contraditório preconiza que o procedimento no âmbito da fase executiva seja predominantemente o oral e perante a autoridade competente a julgar, como decorrência lógica também do sistema acusatório, para que seja exercida essa garantia em suas três vertentes, quais sejam, a informação, possibilidade de manifestação e capacidade de influenciar o julgador. O reconhecimento judicial de falta grave pautado “nas provas amplamente produzidas em sede administrativa” é traço manifesto do sistema inquisitório e incompatível com um Estado Democrático e de Direito, além de que impossibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Como ilustrativo da não aplicação do princípio da estrita legalidade no campo da execução criminal tem-se o arresto julgado em 3 de fevereiro de 2011, *Habeas Corpus* nº 0492430-57.2010.8.26.0000, da Comarca de Bauru¹⁴⁶, no qual foi denegada a ordem, em que se sustentava a desclassificação da falta grave para média ante a não configuração de conduta tipificada no artigo 50 da Lei de Execuções Penais pelo retorno, com atraso de 04 (quatro) dias, da saída temporária. Aduz, em síntese, que é incabível a interpretação extensiva de condutas tipificadas como sanções e que a conduta realizada pelo sentenciado – retorno espontâneo, mas com atraso de 04 (quatro) dias da saída temporária em razão de ter perdido o dinheiro para se apresentar à Penitenciária – não configura fuga, de modo que a conduta deveria ser desclassificada para falta de natureza média. Não acolhendo a alegação, e, portanto, denegando a ordem, o D. Desembargador assim argumentou:

(...) Por certo, mesmo que tivesse sido demonstrada sua alegação, ainda assim não exime o sentenciado de responsabilidade pelo abandono ao cumprimento da pena, tendo ele retornado, espontaneamente, com atraso de 04 dias, o que ultrapassa significativamente a data limite estipulada para retorno, além disso, o reeducando se apresentou em local diverso do determinado na Portaria 01/2010. O agravante tinha conhecimento real e pleno dos motivos pelos quais estava respondendo à sindicância que culminou com a regressão. Tanto assim é, que relatou os fatos e assumiu tal atitude. (fls. 17). Essa atitude demonstra não estar o detento apto a retornar ao convívio social pelo fato de desrespeitar as regras a que se sujeitou ao cometer o delito pelo qual foi condenado.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* - Regressão de regime prisional. Atraso no retorno de saída temporária. Falta grave. Decisão que determinou a regressão do paciente ao regime fechado e o condenou pela infração disciplinar como sendo de natureza grave Aplicação extensiva ao artigo legal 50, inciso II da LEP – Inocorrência Ausência de constrangimento ilegal - Competência do Juízo da Execução Criminal para examinar questões de progressão e regressão de regime Inteligência do art. 66, III, 'b' e "f", da LEP - Via do "writ" inadequada, sob pena de supressão de um grau de jurisdição Ordem denegada. *Habeas Corpus* nº 0492430-57.2010.8.26.0000. Impetrante Mário Lúcio Pereira Machado e Paciente Maurício Cordeiro de Arruda. Relator: Desembargador Machado de Andrade. DJ, 3 fev. 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4932148>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h39min.

O fato - deixar de retornar ao presídio - é típico e induz, sem qualquer sombra de dúvida, falta grave.

Dessa forma, correta a caracterização da fuga como falta grave na forma prevista no art. 50, II, da LEP. Há que se destacar que o reeducando se apresentou, embora espontaneamente, 04 dias após a data prevista, porque alega ter perdido o dinheiro do ônibus que o levaria de volta ao estabelecimento prisional, fato que se amolda na hipótese prevista no artigo 50 da LEP, cogitando-se a ocorrência de descumprimento de ordem recebida (artigo 39, V da LEP), o que, do contrário, estar-se-ia autorizando tantos outros sentenciados a faltas semelhantes à apresentação em horários diversos, além daquele determinado.

Enfatize-se que o retorno espontâneo, com atraso, é incompatível com a conduta de fuga o que configura, sim, interpretação extensiva do dispositivo de lei que tipifica as condutas tidas como falta grave, em manifesto desrespeito ao princípio da estrita legalidade também vigente na execução das penas. Pode-se inferir, ainda, que neste caso não houve individualização da pena. Isso porque a “individualização executória diz, pois, respeito às modificações que pode sofrer a pena privativa de liberdade no decorrer de seu cumprimento”, segundo Carmen Silvia de Moraes Barros¹⁴⁷, devendo ser dado “a cada preso as oportunidades a que tem direito como ser individual e distinto dos demais.” No caso em apreço, a atitude deste sentenciado foi equiparada, *contra legem*, à daquele que foge do regime intermediário e fica foragido por longo período, eventualmente sendo recolhido por força de ordem judicial e não pela consciência do dever de retornar à penitenciária. Não houve, portanto, a adequada individualização à luz dos fatos concretos apresentados.

Os três julgados que, repita-se, de maneira singela, propôs-se a analisar, ilustram a real situação prática da execução de penas e as flagrantes afrontas aos princípios e regras constitucionais.

¹⁴⁷ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 135-136.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o estudo realizado, verificou-se que muitas regras e princípios constitucionais não são observados na seara de Execução de Penas. Inicia-se pela doutrina, que ainda discute a natureza jurídica da Execução Penal, mesmo sendo a jurisdicinalização decorrência lógica de um Estado Democrático e de Direito. Em um segundo momento, boa parte da jurisprudência que, reproduzindo entendimentos equivocados e distantes da axiologia do ordenamento jurídico vigente, perpetua, em alguma medida, violações de direitos.

Assim, a conclusão a que se chega é que a Lei de Execuções Penais deve ser repensada em alguns aspectos a fim de que se possa conformá-la ao atual sistema democrático. Em outros, uma interpretação consciente e conforme a Constituição Federal bastaria para dar efetividade aos direitos expressamente assegurados pelo Direito Positivo.

Então, são dois os primordiais enfrentamentos a serem feitos como tentativa de início de mudança da realidade dos cárceres. O primeiro deles se refere à conscientização dos próprios juristas a respeito da Execução Penal e sua necessária consonância com a Constituição Federal, cujo trabalho realizar-se-á, especialmente, pela interpretação da norma jurídico-penal-executiva à luz das regras e princípios constitucionais, de modo a perseguir um devido processo de execução penal. Esse enfrentamento se complementa com a conscientização política, através da elaboração de políticas públicas específicas, e social, que se concretiza por meio da participação da sociedade na fase executiva, assumindo sua corresponsabilidade no processo de recuperação e reintegração do sentenciado, como esculpido no artigo 49 da Lei nº 7.210/84¹⁴⁸. Esses fatores conjugados visam dar aplicabilidade e efetividade prática aos direitos já consagrados.

Já o segundo enfrentamento consiste na alteração da Lei de Execuções Penais a fim de que se possa adequá-la a um sistema democrático, afastando os traços de inquisitoriedade de seus procedimentos, traços esses característicos de regimes de exceção, os quais foram expostos no presente trabalho. A conhecida expressão de que “o Direito Constitucional passa enquanto o Direito Administrativo permanece” é perfeitamente aplicável ao atual tratamento dado ao cumprimento de penas.

¹⁴⁸ BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

Os desafios aqui propostos estão longe de solucionarem o problema penitenciário do país, mas, de alguma maneira, contribuem para que a realidade contraproducente da pena e a dessocialização hodiernamente vivenciadas diminuam.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGOS DE REVISTAS

AMARAL, Claudio do Prado. Em busca do devido processo de execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. RT, n. 81, ano 17, p. 161-194, nov./dez. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Execução Penal: aspectos jurídicos. **Revista CEJ**, Brasília, v.03, n.7, p. 68-83, abr. 1999.

_____. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicinalizado. **Justitia**, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario.* n. 30, p. 5-14, 2006.

GUILLAMONDEGUI, Luis. R. *Los principios rectores de la ejecución penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.* fasc. 12, p. 1.104-1.118, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Ejecución y proceso penal. Ciencias penales. Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica.* ano 10, n.15, p. 35-40, dez. 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos da Execução Penal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** n. 20, p. 53-66, jun. 1983.

SÁ, Alvino Augusto de. A execução penal e direitos humanos. **Boletim IBCCrim**, edição especial, v. 05, n.56, p- 7-8, jul. 1997.

JULGADOS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução – Remição – Ausência de oitiva judicial – Nulidade afastada – Falta disciplinar de natureza grave configurada – Desclassificação para infração de natureza média – Impossibilidade – Restrição da perda do direito ao tempo remido ao mínimo legal de 01 dia – Não cabimento – Fixação da perda de até 1/3 do tempo remido, em consonância com o disposto no artigo 57 da LEP –

Reinício da contagem do prazo para cumprimento de benefícios – Admissibilidade Contagem de novo período aquisitivo apenas em relação à progressão e à remição - Recurso parcialmente provido. Agravo em Execução nº 0079435-09.2012.8.26.0000. Agravante Douglas Cotrim Cabral e Agravado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Pedro Menin. DJ, 31 jul. 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6059932>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h50min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HABEAS CORPUS – Execução penal – Transferência para estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena definitiva – Paciente recluso em Centro de Detenção Provisória – Illegitimidade passiva – Impetração visando a proteção de direito distinto à liberdade de locomoção - Inadequação da via processual eleita – Necessidade de dilação probatória para a análise da matéria administrativa afeta à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que, destaque-se, não importa em violação, ainda que mediata, à liberdade de locomoção do paciente, a qual permaneceria cerceada por eventual troca de estabelecimento prisional, bem como inexiste a comprovação a prima facie da apontada incompatibilidade de convivência entre o reeducando e a população carcerária Precedentes desta Colenda Câmara e Egrégia Corte – Pretensão que ofende à lista cronológica de presos para transferência entre estabelecimentos prisionais, privilegiando o paciente em detrimento à centenas de outros sentenciados com idêntica pretensão, não cabendo guarida pelo Poder Judiciário – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. *Habeas Corpus* nº 0035239-51.2012.8.26.0000. Impetrante Cristina Damaceno Gomes de Oliveira e Rafael de Souza Miranda e Impetrado Secretario de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Silmar Fernandes. DJ, 24 maio 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5924146&vlCaptcha=AEWmW>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h45min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus - Regressão de regime prisional. Atraso no retorno de saída temporária. Falta grave. Decisão que determinou a regressão do paciente ao regime fechado e o condenou pela infração disciplinar como sendo de natureza grave Aplicação extensiva ao artigo legal 50, inciso II da LEP – Inocorrência Ausência de constrangimento ilegal - Competência do Juízo da Execução Criminal para examinar questões de progressão e regressão de regime Inteligência do art. 66, III, 'b' e "f", da LEP - Via do "writ" inadequada, sob pena de supressão de um grau de jurisdição Ordem denegada. *Habeas Corpus* nº 0492430-57.2010.8.26.0000. Impetrante Mário Lúcio Pereira Machado e Paciente Maurício Cordeiro de Arruda. Relator: Desembargador Machado de Andrade. DJ, 3 fev. 2011. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4932148>>. Acesso em 07 agosto 2012, às 15h39min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 0162452-74.2011.8.26.0000. Impetrante Dra. Marcela Roque Rizzo e Paciente Tiago Kleber Julietti. Relator: Desembargador Ricardo Tucunduva. DJ, 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5626893&vlCaptcha=WzcUi>>. Acesso em 14 jul 2012, às 14h27min.

LEGISLAÇÃO E CONVENÇÕES

BRASIL. convenção internacional. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto Legislativo nº 678; 6 de novembro de 1992.

BRASIL. convenção internacional. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Decreto Legislativo nº 226; 12 de dezembro de 1991.

BRASIL. legislação. Constituição da República Federativa do Brasil; 5 de outubro de 1988.

BRASIL. legislação. Lei de Execuções Penais. Lei Federal nº 7.210; de 11 de julho de 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. convenção internacional. Regras de Tóquio. Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU; 14 de dezembro de 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. convenção internacional. Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros. Resolução 663 C I (XXIV) do Conselho Econômico e Social da ONU; 31 de julho de 1957.

LIVROS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BIASOTTI, Carlos. Do excesso ou desvio de execução. In: LAGRASTA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. **Execução penal: visão do TACRIM-SP**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 107-111.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Salo. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: _____. et al. **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2007. p. 417-427.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle de legalidade na execução penal**: reflexões em torno da jurisdiconalização. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CESANO, José Daniel. **Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos**. Córdoba: *Alveroni Ediciones*, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. Ministério Público na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal**: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 25-36.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoria del garantismo penal**. 8.ed. Madri: *Trotta*, 2006.

GOMES, Luís Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 1.ed. 2^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**: e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) **Execução penal**: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 37-46.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito de execução penal.** São Paulo: RT, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: _____. **Execução penal: lei n. 7210, de 11 de julho de 1984.** São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-13.

HARFUCH, Andres. *La vigencia del principio acusatório en la etapa de ejecución de la pena.* In: FELLINI, Zulita. **Derecho de ejecución penal.** 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 129-150.

KAUFMANN, Hilde. *Principios fundamentales de uma reforma de la ejecución penal.* In: **Capítulo criminológico 5. Órgano del instituto de criminología.** Maracaibo: Universidad del Zulia, 1977. p. 207-219.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor.** 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 371-406.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A progressão de pena e a inexistência de vagas em estabelecimento prisional. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal.** Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 137-150.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada:** e legislação constitucional. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA AGRA, Walber de. **Curso de direito constitucional.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Direitos humanos e processo penal. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. (Org.). **Direitos humanos: visões contemporâneas**. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 107-121.

PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de. *et al.* **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2007. p. 407-415.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006.

QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. Princípios constitucionais na execução penal. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: *JusPODIVM*, 2006. p. 09-41.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. 1.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *Del Puerto*, 2006.

_____. *La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario*. In: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda; _____. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, S.L., 2000. p. 65-118.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise da Legalidade na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. *et al.* **Crítica à execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2007. p. 29-76.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 1993. 501 f. Titularidade (Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. O cárcere e o juiz criminal. In: LAGRASTA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. **Execução penal: visão do TACRIM-SP.** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 131-144.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal:** entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Processo de execução penal.** 1994. 240 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1994.

DIP, Ricardo Henry Marques. Execução jurídico-penal ou ético-penal. In: LAGRASTA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. **Execução penal: visão do TACRIM-SP.** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 171-188.

KAUFMANN, Hilde. *La función del concepto de la pena en la ejecución del futuro. Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales.* ano 4, n. 5 a 8, p. 21-32, 1975.

MARTINS, Sérgio Mazina. **A construção da execução penal em face da doutrina dos direitos humanos:** uma conversação histórica. 2002. 454 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

NEUMAN, Elías. *El Estado penal y la prisión-muerte.* Ciudad de Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATTOS, Virgílio de. (Org.). **Estudos de execução criminal: direito e psicologia.** Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas, 2009.

PASSOS, Luisa de Marillac Xavier; PENSO, Maria Aparecida. (Coord.). **O papel da comunidade na aplicação e execução da justiça penal.** Brasília: Escola Superior do MP da União, 2009.

PIRES NETO, Antônio Luiz; GOULART, José Eduardo. O direito da execução penal. In: LAGRASTA NETO, Caetano; NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. **Execução penal: visão do TACRIM-SP**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 49-83.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. Análise crítica na execução penal antecipada: uma questão de razoabilidade, de proporcionalidade e de dignidade à luz da presunção de inocência. In: CUNHA, Rogerio Sanches. (Org.). **Leituras complementares de execução penal**. Salvador: *JusPODIVM*, 2006. p. 73-98.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. (Org.) **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

VIGGIANO, Fernando Braga. Endurecimento das e da execução penal: retrocesso inigualável. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília. vol. 39, n.156, p. 25-31, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/812>>. Acesso em 27 novembro 2011, às 10h49min.