

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE CASTRO CHAYM

A RESPONSABILIDADE PENAL DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

CURITIBA

2008

ALEXANDRE CASTRO CHAYM

A RESPONSABILIDADE PENAL DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Humanas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Clara Maria Roman Borges

CURITIBA

2008

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ALEXANDRE CASTRO CHAYM

A RESPONSABILIDADE PENAL DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Humanas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof. Dra. Clara Maria Romam Borges  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

A todos aqueles aguilhoados pela busca da libertação.

Aos meus pais Salim e Márcia (*in memoriam*).

Ao meu irmão Márcio.

Pelo apoio e amor que abalam minha convicção acerca da inexistência do incondicionado.

## **AGRADECIMENTOS**

À professora Clara Maria Roman Borges, por ter em mim confiado quanto à conclusão desse trabalho em um momento singularmente difícil da minha vida.

Quando o vinho subiu aos miolos do Ciclope, eu lhe dirigi palavras gentis: “Ciclope, perguntaste o meu glorioso nome; eu vou dizer-to; dá-me, porém, o presente como prometeste. Meu nome é Ninguém. Chamam-me Ninguém minha mãe, meu pai e todos os meus companheiros.”[...] O Ciclope soltou um urro terrível; a rocha reboou em redor; nós apavorados, recuamos, enquanto ele arrancava do olho o toro ensangüentado; lançou-o de si, em seguida, agitando os braços. Daí bradou chamando os Cíclopes moradores das cavernas das cercanias na cumeada ventosa. Ouvindo os brados, eles despontaram, cada qual de um lugar; pararam em volta da gruta e perguntaram o que o molestava: “Que te aflige tanto, ó Polifemo, para bradares assim pela noite divina e nos tirares o sono? Estará algum mortal, mau grado teu, tangendo embora teu rebanho? Ou alguém te está matando por dolo ou pela força?” Do fundo da caverna, respondeu-lhes o robusto Polifemo: “Ninguém, amigos, está me matando por dolo e não pela força.”

Odisséia - Canto IX  
Homero

## RESUMO

O presente trabalho consiste num esforço de elaboração de alguns apontamentos iniciais de uma hermenêutica apta incluir as condutas do juiz responsável pela execução penal sob o manto do Direito Penal.

Para tanto, parte-se de um estudo acerca dos grandes sistemas processuais (inquisitório e acusatório) que rechaça a possibilidade de existência de um sistema fundamentalmente misto. A seguir, busca-se classificar o sistema processual penal brasileiro.

Com o fito de buscar descrever o processo de execução penal mediante uma abordagem familiar aos jusperitos, procura-se identificar seus os princípios e regras fundamentais.

Partindo-se da percepção de que o juiz é a autoridade pública de maior proeminência, enfeixando um grande conjunto de poderes no curso do processo de execução penal, realiza-se um estudo acerca da tipologia dos agentes públicos, passa-se pela discussão da natureza jurídica dos atos processuais na execução penal, desaguando em reflexões acerca do real papel do juiz no que tange a tutela dos direitos e garantias fundamentais do condenado.

Indicada a responsabilidade do magistrado no curso do processo de execução penal, segue-se um breve e despretensioso ensaio acerca da possibilidade de aplicação das figuras típicas que definem os crimes de prevaricação e exercício arbitrário ou abuso de poder a condutas hipoteticamente provenientes do juiz da execução penal.

À guisa de fecho, uma breve análise crítica do sistema penal vigente procura desvelar os reais objetivos da pena de prisão, incitando a reflexão crítica sobre o assunto.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A ATUAÇÃO DO JUIZ NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	11
2.1	SISTEMA MISTO?.....	11
2.2	NO SISTEMA INQUISITÓRIO.....	13
2.3	NO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	13
2.4	NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	14
3	O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL.....	16
3.1	PRINCÍPIOS E REGRAS.....	16
4	AS FUNÇÕES DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL.....	19
4.1	TIPOLOGIA DOS AGENTES PÚBLICOS.....	19
4.2	ATOS PROCESSUAIS NA EXECUÇÃO PENAL: ATOS JUDICIAIS OU ATOS ADMINISTRATIVOS?.....	22
4.3	O DEVER DO JUIZ DE CONCRETIZAR OS DIREITOS E GARANTIAS DO CONDENADO.....	27
4.4	JURISPRUDÊNCIA.....	33
5	A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO JUIZ.....	33
5.1	A RESPONSABILIDADE ADVINDA DA CONDIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO NO ÂMBITO DE SUA COMPETÊNCIA.....	33
5.2	TIPOS E PENAS SUPOSTAMENTE APLICÁVEIS.....	34
5.2.1	Prevaricação.....	34
5.2.2	Exercício arbitrário ou abuso de poder.....	36
6	ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA PENAL VIGENTE.....	39
6.1	A NECESSIDADE DE UMA POSTURA CRÍTICA DO JUIZ EM RELAÇÃO AO SISTEMA VIGENTE.....	39
6.2	CRIMINOLOGIA RADICAL E A INADEQUAÇÃO DA PENA DE PRISÃO COMO RESPOSTA PENAL.....	41
7	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	48
	DOCUMENTOS CONSULTADOS.....	50
	ANEXO.....	51

## 1 INTRODUÇÃO

O tema se coaduna a uma abordagem baseada na utilização do ferramental teórico desenvolvido pelo direito penal, processual penal, administrativo e constitucional.

Parece ser consensual a percepção, mais ou menos profunda, mais ou menos clara, talvez mais ou menos esclarecida, de que há algum tipo de inadequação no sistema penal brasileiro.

A despeito da crítica que já poderia ser realizada diante da aplicação do próprio conceito de “sistema” à estrutura institucional e às condicionantes fáticas da realidade brasileira, centenas de valorosos homens e mulheres, partindo tanto dos referenciais mais holísticos e estruturais quanto dos mais analíticos e singulares, põem-se a buscar as causas e prescrever possíveis soluções para, ao menos, minimizar a dissonância entre os resultados obtidos pelo Direito Penal e Processual Penal e a idéia de Justiça.

O processo de execução penal é o mecanismo construído com fins à aplicação da pena pretensamente justa ao condenado. A singeleza da afirmação, entretanto, não pode obscurecer o reconhecimento de que tal objetivo não é o único: aplicar a pena, sim, mas sem obliterar a incidência, sobre o apenado e sobre o Estado que a aplica, de todas as normas cabíveis do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

A colimação constitucional do ordenamento jurídico remete à observância obrigatória dos festejados princípios e regras constitucionais que buscam assegurar a tutela, dentre outras, da dignidade da pessoa humana, esta guindada à condição de elemento justificador da própria existência do Estado.

No âmbito da execução penal, uma figura se destaca como legítimo e proeminente representante desse Estado: o juiz responsável pela execução da pena. Essa condição legítima não apenas a discricionariedade necessária à adequação das normas à complexidade inata da realidade fática na qual está imerso o apenado, mas também o dever de concretizar seus direitos e garantias.

O presente trabalho assume algumas premissas fundamentais que delineiam seu desenvolvimento.

A primeira premissa é que o juiz responsável pela execução penal está legalmente imbuído de um enorme poder, tornando disparatada argumentações calcadas na discricionariedade, que não deve ser confundida com arbitrariedade, e na “falência” do sistema penal, que visem justamente elidir a responsabilidade por seus atos, tendo em vista o valor e as graves conseqüências sobre os bens jurídicos postos sob sua tutela.

Assume-se também que já temos a disposição um arcabouço jurídico capaz de delimitar e apontar desvios dessa responsabilidade. Assim, embora a discussão acerca da motivação e objetivos da pena seja instigadora e profícua, aqui partimos de uma perspectiva positivista do Direito, o que não significa, em absoluto, dizer que o sistema jurídico constitucional é “fechado”. Ao contrário. É impossível uma cognição mas ampla e responsável do ordenamento jurídico sem a compreensão de seu caráter ideológico.

Busca-se despretensiosamente elaborar alguns apontamentos iniciais de uma hermenêutica apta incluir as condutas do juiz responsável pela execução penal sob o manto do Direito Penal. E isso visando um objetivo específico: sensibilizá-lo acerca de sua responsabilidade não só como executor da pena, mas também como representante de um Estado que se fundamenta na tutela da dignidade da pessoa humana.

O trabalho será realizado com base em revisões bibliográficas que trazem construtos teóricos, legais e jurisprudenciais.

## 2 A ATUAÇÃO DO JUIZ NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

### 2.1 SISTEMA MISTO?

Pontuado por um esboço histórico, Coutinho (2001a) afirma que não há mais como se falar em sistemas processuais penais puros, na forma clássica como foram estruturados, e aponta dois grandes tipos ideais de sistemas processuais penais: o sistema inquisitório e o sistema acusatório, sustentados pelo princípio inquisitivo e pelo princípio dispositivo, respectivamente. Na atualidade, o que se dá a lume é o “sistema misto” (“reformado”, “napoleônico”) que advém da conjugação dos outros, mas que não pode ser identificado com um *tertium genus* por não possuir um princípio unificador próprio. Assim, o que há são sistemas essencialmente inquisitórios com características secundárias provenientes do sistema acusatório, e vice-versa. Coutinho (2001a) afirma que Napoleão deu origem ao chamado sistema misto, obtido da reunião dos sistemas inquisitório e acusatório, com o *Code d’instruction criminelle*, que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1811. Entretanto, apenas em seu aspecto formal poder-se-ia falar em um sistema processual novo.

A esse respeito Lopes Jr. (2006) aponta um lugar-comum na doutrina processual penal. Assumindo como verdadeira a premissa de que os “sistemas puros” – inquisitório e acusatório – seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais e adicionando a observação de que o processo penal atual se divide em duas fases – pré-processual, predominantemente inquisitorial, e processual propriamente dita, com caráter acusatório – concluir-se-ia que, hodiernamente, estamos diante de um sistema processual de caráter fundamentalmente misto.

O autor refuta essa conclusão em dois planos. Primeiro, denuncia que a “fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão” (LOPES JR., 2006, p. 175). Continua incisivo ao afirmar que a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo penal é mera medida paliativa, pois as condenações continuarão acontecendo mediante a construção discursiva de uma realidade “disfarçada no discurso do ‘cotejando’, ‘corrobora’, ... e outras fórmulas que mascaram a realidade” (LOPES JR., 2006, p. 176). Segundo,

relembra que a divisão entre as funções de investigar, de acusar e de julgar é, de fato, uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única, pois deve estar aliada a outras, como a iniciativa probatória, a publicidade, o contraditório, a oralidade, a igualdade de oportunidades etc. Em verdade, essas características são reflexos, conseqüências, que apontam a existência de um verdadeiro critério distintivo em suas origens, um núcleo. Assim, comprova que a mera divisão das funções investigar-acusar-julgar não é apta a ser erigida à categoria de um princípio basilar misto.

Na busca do princípio formador dos sistemas processuais penais, cabe lembrar a finalidade precípua do processo: a busca da reconstituição de um fato pretérito, já que o crime é sempre um fato histórico. Ora, tal tarefa só pode ser empreendida mediante a elaboração, apresentação e apreciação de elementos que permitam a construção de uma pretensa verdade acerca do que ocorrera. Tais elementos são as provas. Assim, a técnica utilizada para alcançar a prova constitui a espinha dorsal do processo penal. Em outras, o modo de gestão da prova é o critério distintivo entre os sistemas inquisitório e acusatório: o primeiro é regido pelo “princípio inquisitivo”, no qual a gestão da prova está nas mãos do julgador; o segundo é estruturado pelo “princípio dispositivo”, no qual a gestão das provas está nas mãos das partes.

Coutinho (2001a) chama a atenção para a necessidade de ter sempre clara em mente a existência obrigatória de um princípio unificador capaz de ser identificado como critério de categorização dos elementos de qualquer sistema, sob pena do mal da alienação do operador do direito “mormente o processual, descompromissando-se diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.” (COUTINHO, 2001a, p. 18). Aliás, a “assunção da postura ideológica” é posta como ponto central da prática jurídica cotidiana que se preste à “emancipação do nosso povo”, instrumentalizada pela dogmática jurídica. Esclarece ainda que na visão tradicional, o papel do juiz na relação triangular no direito processual é prevalente, central, encarnando o Estado como órgão jurisdicional que propaga o discurso legitimador e ideológico da imparcialidade. Por sua vez, esse discurso visa manter o *status quo*, sendo necessário diante da clara disparidade entre o ideal da perfeição e a condição humana do juiz. Nesse diapasão, com inspiração do Garantismo

Penal, Lopes Jr. (2006), traz considerações valiosas acerca da utilização do processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais, ponderando que os sistemas penais são reflexos do Estado e do Direito Penal da época, fenômeno ainda mais notório no processo penal, pois é mediante o processo que a norma é aplicada, que tange a realidade fática do homem.

## 2.2 NO SISTEMA INQUISITÓRIO

Conforme já exposto, o sistema inquisitório tem como característica fundamental a condição de que a gestão da prova é empreendida essencialmente pelo magistrado, sob o argumento de que assim ele poderia alcançar a verdade de todos os fatos juridicamente relevantes ao processo. Mas tal premissa, na verdade, é uma conclusão oriunda de outra, reputada como falsa por a (2001): o juiz é capaz de “objetivamente” apreender a integralidade da realidade que circunscreve o fato e a do fato em si. Sua falsidade advém do afastamento da condição humana do juiz que, alimentada pela lógica dedutiva alçada à condição de mecanismo natural do pensamento da civilização ocidental, leva-o a decidir antes e buscar a prova depois: é o primado da hipótese sobre o fato. Essa situação tende a enredar o magistrado em um “quadro mental paranóico” que o guia na busca e produção das provas que confirmam a hipótese por ele formulada. Diga-se de passagem, tal fenômeno já foi objeto de estudo de outras áreas do conhecimento, tendo sido denominado como “viés da confirmação” por Kahneman, Slovic e Tversky (1988).

Coutinho (2001a) adverte ainda que há um outro elemento distintivo, porém secundário, do processo acusatório puro: a inexistência de partes. Isso porque “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido” (COUTINHO, 2001a, p. 23).

## 2.3 NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Contraparte dialética do sistema inquisitório, no sistema acusatório, segundo Coutinho (2001a), o contraditório é pleno “e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova” (COUTINHO, 2001a, p. 36). O traço marcante é que a gestão da prova é confiada às partes, não ao juiz, o que desencadeia uma série de conseqüências e características secundárias: “o órgão julgador é uma Assembléia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida” (COUTINHO, 2001a, p. 37). Lopes Jr.(2006), adicionalmente, aponta outras características da forma acusatória “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; [...] j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição” (LOPES JR., 2006, p. 164).

O autor aponta que a principal crítica que se faz ao sistema acusatório é que a inércia do juiz obriga-o a resignar-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes e a decidir fundamentando-se em um conjunto probatório inadequado.

## 2.4 NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Coutinho (2001a) informa que um “compromisso político” deu azo ao instituto do inquérito policial, responsável pela primeira fase da persecução penal, que por ser administrativo, subtrai-se do princípio do contraditório, pois a Constituição da República, nos termos de seu art. 5º, inciso LV, só o assegura na existência de um processo, sendo incontestada a afirmação de que a investigação preliminar é eminentemente inquisitória.

Conforme já apontado, não há como se falar em um sistema fundamentalmente misto e não é razoavelmente possível refutar a contaminação do processo penal pelo inquérito policial. Some-se a essas constatações os dispositivos legais que atribuem ao

juiz poderes instrutórios, como o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal – CPP (grifamos), e estamos diante da impossibilidade de refutar a afirmação: “O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz.” (COUTINHO, 2001b, p. 29).

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Lopes Jr. (2006) chama a atenção de que a Constituição não admite a existência de processo inquisitório e que, portanto, deve ser declarada a inconstitucionalidade de todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz. Como casos concretos dessa percepção, traz alguns julgados:

#### CORREIÇÃO PARCIAL<sup>1</sup>.

- O órgão acusador - parte que é e poderes que tem - não pode exigir que o Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo.
- O mito que o processo penal mira a "verdade real" está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Aduino Suannes e Luiji Ferrajoli).
- O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório.
- Correição parcial improcedente.

(Quinta Câmara Criminal do TJRS, Correição Parcial nº 70002028041, Rel. Dês. Amilton Bueno de Carvalho, 20/12/2000)

PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2000&codigo=58254](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2000&codigo=58254). Acesso em 06/09/2008

- Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.
- A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.
- Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.
- Ordem concedida, por unanimidade.

(Quinta Câmara do TJRS, HC 70003938974, Rel. Des. Amilton de Bueno de Carvalho, 24/04/2002)

### 3 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

#### 3.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Lopes Jr. (2007)<sup>3</sup> aponta vários princípios que informam a execução penal:

A “garantia da jurisdição”, ou inderrogabilidade do juízo, faz parte da conformação do sistema de proteção insculpido na Constituição. “O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder judiciário, no que diz respeito à execução penal, está no reconhecimento da função do juiz de garantir os direitos do apenado no curso da execução.”

A “separação de atividades” deságua na necessidade de que o Ministério Público assuma a iniciativa da execução, retirando-a do juiz, que deverá decidir sobre os incidentes da execução e sobre a legalidade dos atos realizados pelo Ministério Público ou pela administração carcerária, atuando como um controlador da legalidade da execução.

A “presunção de inocência em relação a fatos supervenientes” diz respeito ao necessário reconhecimento de que o apenado está salvaguardado pela presunção juris tantum acerca de sua conduta posterior àquela submetida ao processo de cognição que o condenou, implicando diversas conseqüências no seu tratamento, como a

---

<sup>2</sup> Disponível em [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?ano=2002&codigo=192207](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2002&codigo=192207). Acesso em 06/09/2008

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 371-406

manutenção do ônus probatório de quem alega, salvo em benefício do hipossuficiente apenado, e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

O “contraditório” é decorrência do *nulla probatio sine defensione*, e pode ser invocado como direito do condenado à informação e participação nas decisões judiciais que lhe alcancem de qualquer forma, à igualdade de tratamento e de oportunidades em relação ao Ministério público, que, por sua vez, implicaria no dever do juiz conceder audiências não só a esse órgão, mas a ambas as partes.

O “direito de defesa” se desdobra em dois planos: a autodefesa e a defesa técnica. A autodefesa pode ser positiva ou negativa, conforme consista num atuar ou omitir-se, sendo que essa última, freqüentemente negada de forma arbitrária e ilegal, está expressamente previsto como direito de silêncio, no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[...]

O direito à defesa técnica no curso da execução penal que, além de estar garantido expressamente no art. 41, incisos VII e IX da LEP, constitui direito indisponível. Apesar disso, carece de eficácia, o que não pode ser justificado pelo frágil argumento de que a ausência de defesa técnica é possível porque o preso, também fragilizado, tem plena capacidade postulatória:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

[...]

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

[...]

A “fundamentação das decisões” é erigida no art. 93, IX, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[...]

Também o art. 59, parágrafo único, da LEP, afirma que as decisões serão fundamentadas:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Lembra o autor que essas regras básicas “devem ser aplicadas na sua totalidade no processo de execução, inclusive na apuração de faltas disciplinares, pois muitas vezes a sanção é tão ou mais grave que aquela atribuída pela lei penal a condutas delituosas” (LOPES JR., 2007, p. 392)<sup>4</sup>. Como ilustração dessa possibilidade, trazemos o seguinte caso hipotético elaborado por Prado (2007, p. 410)<sup>5</sup>:

Caio, reincidente em crime doloso condenado a dezoito anos de reclusão, em regime fechado, trabalha internamente durante nove anos. Como para cada três dias de trabalho é possível a remição de um dia de pena, Caio tem direito a remir três anos de sua pena, que ficaria reduzida a quinze anos, nove dos quais cumpridos! Acontece que, de acordo com o artigo 127 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/94), o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, de sorte que se Caio, num dia menos inspirado,

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 371-406

<sup>5</sup> PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 407-415

cometer falta grave, por essa indisciplina receberá a sanção adicional correspondente a três anos de reclusão, pena superior a de muitos crimes!”

## 4 AS FUNÇÕES DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

### 4.1 TIPOLOGIA DOS AGENTES PÚBLICOS

Meirelles (2001, p. 69, 71 - 75) define “agente público” como “todas as pessoas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”, subdividindo-se em agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados.

**Agentes políticos:** são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de funções constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. [...]

**Agentes administrativos:** são todos aqueles que se vinculam ao Estado o às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem.[...]

**Agentes honoríficos:** são cidadãos convocados, designados o nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração.[...]

**Agentes delegados:** são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante.[...]

**Agentes credenciados:** são os que recebem a incumbência da Administração para representa-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante.[...]

Meirelles (2001) afirma que na categoria dos agentes políticos se encontram os Chefes de Executivo e seus auxiliares imediatos; os membros das Corporações

Legislativas; os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos; os membros do Poder Judiciário “e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.”

Assim, no dizer do autor, os juízes são agentes políticos e respondem por crimes funcionais e de responsabilidade que são afetos à sua atuação.

Nesse ponto cabe o esclarecimento trazido por Damásio de Jesus<sup>6</sup>: o termo “crime de responsabilidade” tem duas acepções:

Em sentido amplo, a locução abrange tipos criminais propriamente ditos e fatos que lesam deveres funcionais, sujeitos a sanções políticas. Em sentido estrito, abrange delitos cujos fatos contêm violação dos deveres de cargo ou função, apenados com sanção criminal.[...] Assim, crime de responsabilidade, em sentido amplo, pode ser conceituado como um fato violador do dever de cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde ao ilícito político-administrativo (“crime que não é crime”).

O insigne professor prossegue indicando em quais diplomas legais são tratados ambos os tipos de ilícitos (grifamos):

Entre nós, são crimes de responsabilidade impróprios os definidos na Lei n. 1.079, de 10.4.1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários), alterada pelo art. 3.º da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, e na Lei n. 7.106, de 28.6.1983 (crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal).

Os crimes de responsabilidade próprios (ou em sentido estrito), que configuram infrações penais, estão descritos: a) no Código Penal; e b) na legislação especial. No Código Penal, os delitos de responsabilidade próprios correspondem aos crimes funcionais, cometidos por funcionários públicos no exercício do cargo ou função e descritos nos arts. 312 a 326 e 359-A a 359-H (estes últimos, ordenados em letras, introduzidos no estatuto penal pela Lei n. 9.983/2000). Há outros, como a violação de domicílio qualificada (art. 150, § 2.º) e os delitos de falso praticados por funcionário público (arts. 300, 301 etc.). Na legislação especial, os crimes de responsabilidade propriamente ditos estão definidos no Decreto-lei n. 201, de 27.2.1967 (crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores), alterado pelo art. 4.º da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, na Lei n. 4.898, de 9.12.1965 (abuso de autoridade), e em outras normas que

<sup>6</sup> JESUS, Damásio de. Ação penal sem crime. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2000. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acessado em 08/09/2008

cominam penas a funcionários públicos que cometem delitos no exercício da função.

Meirelles (2001) informa que os crimes de responsabilidade estão previstos na Constituição da República, nos seus arts. 51, 52, 85 e 102, I, “c” (grifamos):

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar **os Ministros do Supremo Tribunal Federal**, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos **crimes de responsabilidade**;

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

[...]

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos **crimes de responsabilidade**, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, **os membros dos Tribunais Superiores**, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

A despeito da lista de dispositivos constitucionais proposta pelo autor, encontramos ao longo da Constituição da República, outras situações que configuram crime de responsabilidade: art. 29-A, §2º (Prefeito Municipal), §3º (Presidente da Câmara Municipal); art. 50 caput e §2º (Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República) ; art. 100, §6º (“Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório”).

Vemos, portanto, que em relação aos membros do Poder Judiciário, a Constituição Federal aponta apenas três condutas que configuram a prática de crime de responsabilidade: a do art. 52, inciso I, art. 102, inciso I e art. 100, §6º, dirigidas aos membros dos Tribunais Superiores e ao Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório.

#### 4.2 ATOS PROCESSUAIS NA EXECUÇÃO PENAL: ATOS JUDICIAIS OU ATOS ADMINISTRATIVOS?

A discussão acerca da natureza jurídica da execução penal se presta, nesse trabalho, a incitar a reflexão das responsabilidades advindas do processo de execução que recaem sobre o juiz da execução, a quem foi cometida a função de dar o melhor deslinde possível a cada caso.

Conforme explicitado no item anterior, os magistrados se inserem na categoria dos agentes políticos, que enfeixam um grande rol de poderes-deveres que, por sua vez, consoante o princípio republicano, dão origem a grandes responsabilidades, muito

embora o silêncio jurídico no que tange à possibilidade de aplicação de sanções a essas autoridades seja talvez o fenômeno mais freqüente.

Uma percepção da execução penal inserida no *ethos* administrativista possivelmente induziria o agente público, ou serviria como sua justificação, a se enquadrar em um arquétipo rígido, vinculado, determinista e pré-determinado a revestir o juiz da execução em uma espécie de carapaça de inimizabilidade: esses adjetivos, todos, são bem-vindos no agir irresponsável.

Por outro lado, o reconhecimento da jurisdicionalidade do processo de execução penal não permite a sustentação desse discurso imunizador. É claro que o magistrado pode errar - a despeito do paradigma clássico no qual, por via de consequência lógica de suas várias premissas geralmente ocultas, acaba por colocar o juiz em uma situação sobre-humana - mas não deve nunca se afastar do agir fomentado pela intenção de tutelar os direitos subjetivos das partes envolvidas no processo.

Também para pontuar a importância do assunto, mas para além dos limites desse trabalho, poder-se-ia conjecturar que tal debate encontra aplicações na temática da privatização do sistema prisional, pois se prevalente o entendimento que a execução penal faz parte da função jurisdicional do Estado, dificilmente a atividade poderá ser cometida a particulares, já que o exercício da jurisdição é função típica, essencial e indelegável do Estado.

Scapini (2007, p. xxxx)<sup>7</sup> propugna que há uma “zona nebulosa entre os limites de competência do Judiciário e do Executivo na execução das penas privativas de liberdade” e propõe uma regra para delimitar a competência dessas esferas: “todas as questões que envolvem a segurança dos estabelecimentos penais dizem respeito à administração, sendo de competência do Poder Executivo, o que exclui a possibilidade de o juiz interferir, salvo se violada a lei, de modo a atingir a pessoa do preso; por outro lado, tudo que envolve, diretamente, a pessoa do preso, interessa ao juiz da execução, que terá, então, repito, o poder-dever de intervir, provocado ou não”.

---

<sup>7</sup> SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: Controle da Legalidade. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 307-318

Também Grinover (1987) defende a natureza mista do processo de execução penal. A processualista afirma que "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" (GRINOVER, 1987, p.7)<sup>8</sup>. A autora propõe um critério para a separação de cada um desses aspectos:

[...] deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional .

Assim, o processamento dos incidentes da execução se revestem das características jurisdicionais e cabem ao juiz da execução, enquanto que a expiação da pena em si seria uma atividade meramente administrativa.

De outro lado, Lopes Jr. (2007)<sup>9</sup> defende que o processo de execução penal é fundamentalmente jurisdicional, ainda que nosso modelo tenha optado pelo sistema inquisitório. Como exemplo, demonstra que logo no início da execução penal, a LEP abandona uma das principais características do sistema acusatório, determinando a atuação ex officio do juiz:

Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

A gravidade desse momento também é capturada por Prado (2007)<sup>10</sup>, que destaca a perspectiva subjetiva do fenômeno da transferência para o juiz da execução das supostas expectativas sociais que cercam o castigo a ser aplicado no condenado.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 371-406

<sup>10</sup> PRADO, Geraldo. A Execução Penal e o Sistema Acusatório. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 407-415

Carvalho (2007)<sup>11</sup> traz à tona outro fenômeno que denuncia o caráter inquisitório do processo de execução penal. Os efeitos da sentença penal que fixa quantidade e regime de pena são extremamente mutáveis, já que o título executivo pode ser alterado mesmo *in peius*, conforme se aduz do item 164 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal (grifamos):

[...] a instituição e a prática das conversões demonstram a orientação da reforma como um todo, consistente em dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não é, necessariamente, a pena da sentença. Esta possibilidade, permanentemente aberta, traduz o inegável empenho em dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado. Todas as hipóteses de conversão, quer para agravar, quer para atenuar, resultam, necessariamente, do comportamento do condenado, embora sejam também considerados os antecedentes e a personalidade, mas de modo a complementar a investigação dos requisitos.

A mutabilidade das decisões, argumenta, é fortemente rechaçada pelo sistema acusatório.

Lopes Jr. (2007)<sup>12</sup> reconhece que há doutrinariamente uma posição tradicional mista que entende que a atividade executiva está na seara do direito administrativo, salvo a possibilidade de eventuais fases jurisdicionais. Mas se afasta dessa linha de entendimento, aplicando a argumentação crítica que passa pela necessidade da identificação de princípios unificadores rígidos, que não deixa espaço para sistemas “mistos”: o sistema processual é acusatório ou inquisitório; o sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.

Assentada, ao seu ver, a impossibilidade lógica de um sistema misto administrativo-jurisdicional, o autor passa a propugnar o reconhecimento do caráter jurisdicional da execução penal. Primeiro, traz dispositivos da LEP que apontariam para uma matriz jurisdicional da execução (grifamos):

---

<sup>11</sup> CARVALHO, Salo de. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. . In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 417-427

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 371-406

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

[...]

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

[...]

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

A seguir, passa a argumentar que há uma série de incidentes previstos na LEP que exigem a pronta intervenção jurisdicional, devendo ser o juiz um garantidor da eficácia do sistema de garantias do apenado. Consideração essa que passa pelo reconhecimento de que o condenado não é um mero objeto do processo, mas um sujeito que exercita nele direitos subjetivos e, principalmente, que pode exigir do juiz que efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência. Afirma ainda que no curso de um processo de execução, existem situações incidentes que levam necessariamente a uma atividade cognoscitiva e decisório por parte do juiz da execução.

Ao nosso ver, não há, na verdade uma dicotomia entre essas posições. A execução das sentenças, penais ou não penais, é promovida pelo juiz competente com a colaboração ou não de órgãos de outros poderes. A diferença é apenas de intensidade. Em regra, nas sentenças civis, o próprio juízo conta com a estrutura necessária, necessitando apenas episodicamente do auxílio do Poder Executivo. Já as condenações às penas privativas de liberdade são cumpridas em estabelecimentos especializados, mantidos pelo Poder Executivo. Note-se que no cumprimento das penas pecuniárias ou restritivas de direitos, a participação do Poder Executivo é muito menor, por vezes, inexistente.

Assim, parece-nos que há, de fato, um núcleo fundamental de eventos composto pelos incidentes da execução, que possuem, indubitavelmente, caráter jurisdicional. Apesar disso, o juiz responsável pela execução deve se valer justamente

de seu amplo poder jurisdicional para impedir ou sancionar a conduta daqueles que operam a velada transferência de responsabilidades que Scapini (2007)<sup>13</sup> expõe mediante uma interlocução:

[...] parece-me que transferem responsabilidades. Fala o juiz do processo de conhecimento: “Esse fato não é tão relevante, mas é típico, antijurídico. O réu cometeu o crime (pelo menos confessou na polícia) e é reincidente. Disse que foi torturado mas não há prova. Vou condenar e mandar recolher. Os presídios estão superlotados, não têm condições; o condenado vai conviver com outros presos muito piores que ele. Se sair, vai sair escolado. Mas o problema não é meu, é do juiz da execução”. E o juiz da execução: “O fato é quase irrelevante, acho que o réu não deveria ter sido condenado, pelo menos, à pena de reclusão em regime fechado, diante da situação dos presídios. Mas o problema não é meu. A condenação foi imposta por outro juiz. Tenho é que fazer cumprir a sentença. Depois, o Poder Executivo é que administra os presídios, não os deixa em condições.” E o Poder Executivo, por sua vez: “Mandaram prender esse sujeito. O fato não é tão relevante, já não há espaço, os motins se sucedem. Será que vai sair vivo? Não sei, mas o problema não é meu. Foi o Judiciário que o mandou para cá e se os presídios não têm condições é porque nos faltam recursos. A LEP é inexecutável”.

As responsabilidades foram transferidas, estabelecendo-se círculo vicioso. Não há o menor resquício de vinculação psicológica da autoridade com a pessoa presa, apesar da consciência de que a opção entre mandar prender ou não pode significar a morte ou a vida da pessoa.

#### 4.3 O DEVER DO JUIZ DE CONCRETIZAR OS DIREITOS E GARANTIAS DO CONDENADO

O art. 41 da LEP enumera os direitos do preso:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

<sup>13</sup> SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: Controle da Legalidade. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 311

- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
  - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
  - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
  - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
  - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
  - XI - chamamento nominal;
  - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
  - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
  - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
  - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
  - XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Schmidt (2007)<sup>14</sup>, mediante raciocínio calcado na supremacia normativa da Constituição, afirma que a lista de direitos contida naquele artigo não é taxativa, pois o preso é titular de todos os direitos individuais e sociais previstos na Carta Magna que não sejam incompatíveis com sua situação de apenado. Assim, segundo o autor, a inviolabilidade dos sigilos dispostos no inciso XII do art. 5º da CRFB/88 deve ser também assegurada ao condenado à pena privativa de liberdade. E dentre os demais direitos fundamentais, toma parte na discussão do uso de aparelhos de telefonia celular por detentos do sistema prisional, assumindo a polêmica posição de que, tanto por não existir lei federal expressa que restrinja o uso desses aparelhos, quanto por disposição no art. 41, inc. XV, da LEP, já que, em abstrato, não parece ser possível sustentar que o uso de telefone celular por preso seja um meio de comunicação repulsivo à moral e aos bons costumes, e principalmente devido ao direito à liberdade de comunicação

---

<sup>14</sup> SCHMIDT, Andrei Zenker. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 207-267

previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição, não deve ser vedada ao preso a utilização dos telefones celulares.

Ainda na seara dos direitos fundamentais, o autor chama a atenção para o disparate entre a norma constitucional insculpida no inciso XXXVI do art. 5º, que assegura o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e a prática reiterada das autoridades judiciárias que decretam a perda dos dias remidos, embora já reconhecidos judicialmente – afinal, o direito à remição é adquirido a cada três dias de trabalho e, segundo o §3º do art. 126 da LEP, o juiz declarará a remição, e não a constituirá, ou seja, o direito pré-existe à decisão judicial. Assim, no dizer do autor, o art. 127 da LEP não foi materialmente recepcionado pela Constituição Federal:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

§ 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Também se olvida cotidianamente a garantia constitucional da presunção de inocência quando se dá a cassação de etapas da progressão da pena, a regressão de regime ou a suspensão de um livramento condicional pelo fato de o réu ter sido indiciado em inquérito policial ou estar respondendo a processo penal. Assim, também deve ser reputado inconstitucional, por exemplo, o art. 145 da LEP:

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Prossegue o autor discorrendo acerca dos vários direitos fundamentais individuais e sociais assegurados pela Constituição Federal que devem colimar a interpretação e aplicação da LEP. Traçado esse panorama reitor, o autor traz uma instigante construção acerca dos processos administrativos disciplinares previstos no curso do processo de execução e o dever de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais do condenado, que será a pedra de toque do presente trabalho.

O art. 53 da Lei de Execução Penal indica as sanções disciplinares que podem ser aplicadas ao condenado:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Conforme o disposto no art. 54 do mesmo diploma legal, com exceção do inciso V do art. 53, as sanções serão motivadas e aplicadas pelo diretor do estabelecimento prisional e deverão ser apuradas por procedimento que assegure o direito de defesa do preso, conforme o art. 59:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Apesar do caráter explicitamente administrativo preconizado pela LEP, o autor afirma que mesmo aqueles que o defendem entendem que os PADs deveriam se sujeitar ao devido processo legal substancial, assegurando-se, de modo geral, que: todo preso tenha o direito de ser representado por advogado no curso do PAD, sendo dever do Estado a nomeação de defensor, caso não tenha sido constituído; o advogado do preso possa requerer a produção de provas; seja aberto prazo para a apresentação das alegações da defesa por escrito, para assegurar o controle da legalidade; toda a decisão seja fundamentada. A inobservância de qualquer desses preceitos acarretaria a nulidade absoluta do processo disciplinar. Propugna também que a sanção disciplinar não possa ser aplicada antes do término do respectivo processo, a bem do princípio constitucional da presunção de inocência.

Mas a principal consequência da leitura da LEP à luz da Constituição Federal, no que diz respeito aos Processos Administrativos Disciplinares, é que, diante da constatação de que a imposição das sanções administrativas previstas naquele diploma legal têm, de uma maneira geral, a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, não é logicamente possível sustentar que tal imposição seja aplicada por uma autoridade administrativa, tendo o juiz um mero poder homologatório. Logo, a conclusão do autor é de que o processo de execução penal é, a despeito da letra da LEP, fundamental e ostensivamente jurisdicional.

Schmidt (2007) aponta uma solução ideal, com base na elaboração de uma lei de execução penal que determine que o processo disciplinar tramite em juízo, perante a vara de execução penal, com a participação do Ministério Público e de advogado de defesa, e uma solução intermediária, que enquadre os Processos Administrativos Disciplinares na moldura dos ditames constitucionais: toda sanção disciplinar deve ser requerida previamente ao juízo da execução penal, que será responsável pela observância do contraditório, ampla defesa e demais garantias constitucionais.

No primeiro caso, a situação seria resolvida diretamente a partir da mera aplicação de lei positivada. No segundo caso, a acomodação jurídica possível no ordenamento vigente passa por controlar judicialmente os PADs, mediante a atividade jurisdicional fundada na construção hermenêutica exposta.

Em reforço a esse raciocínio, mesmo que se assumisse o caráter administrativo da execução penal, trazemos as preciosas lições de Meirelles (2001) acerca dos atos administrativos e de seu controle jurisdicional.

O insigne administrativista ensina que o Judiciário tem o poder-dever de invalidar os atos administrativos levados à sua apreciação, quando eivados de vício de legalidade, não podendo, entretanto, sobrepujar os juízos de conveniência e de oportunidade eventualmente atribuídos à autoridade administrativa. Mas no que diz respeito ao controle da legalidade, a revisão é ampla e se fundamenta nos preceitos constitucionais erigidos no art. 5º, incisos XXXV, LXIX e LXX:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

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

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

[...]

O autor afirma que tal controle judicial é exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos dos três Poderes da União e visa assegurar a preservação dos direitos individuais, públicos ou privados, de quem pede a correção judicial, julgando a legalidade e a legitimidade do ato administrativo impugnado, entendendo-se por legalidade a conformidade do ato com a norma que o rege e por legitimidade, a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública.

O célebre autor, entretanto, afirma que o controle judicial é um controle *a posteriori*. A proposição, em regra, parece-nos irretorquível. Mas cremos que deva ser ponderada diante das situações nas quais a atividade administrativa tenha o potencial

de lesar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que seria exatamente o caso das indigitadas sanções disciplinares, anteriormente indicadas, impostas no curso do processo da execução penal.

Assim parece-nos que, em certa medida, torna-se irrelevante a perquirição da natureza jurídica desses atos, pois o poder-dever de tutela jurisdicional que recai sobre o juiz da execução permanece, seja adotado um caminho ou outro.

#### 4.4 JURISPRUDÊNCIA

Carvalho *et al.* Apresentam vários acórdãos que se debruçam sobre o tema do dever do juiz responsável pela execução penal de garantir os direitos fundamentais dos condenados, em suas várias manifestações. Por consistirem em decisões concretas, que causam efeitos no mundo dos fatos, e em preciosas lições, que contribuem para a ciência do direito, além de versarem diretamente sobre um dos pontos fundamentais do presente trabalho, alguns desses acórdãos estão transcritos em anexo.

## 5 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO JUIZ

### 5.1 A RESPONSABILIDADE ADVINDA DA CONDIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO NO ÂMBITO DE SUA COMPETÊNCIA

Conforme sustentando no item 4.1, os membros do Poder Judiciário são agentes públicos. Nesse sentido, parece-nos claro que a definição da categoria “funcionário público” trazida no art. 327 do Código Penal alcança, sem quaisquer esforços de interpretação, os magistrados:

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Por sua vez, dispõe a Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, conhecida como “Lei do Abuso de Autoridade”:

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Assim, esse diploma legal também alcança as condutas dos magistrados.

## 5.2 TIPOS E PENAS SUPOSTAMENTE APLICÁVEIS

### 5.2.1 Prevaricação

Dispõe o art. 319 do Código Penal:

#### Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Noronha (1998, p. 257) elucida que:

[...]prevaricação é a infidelidade ao dever do ofício, à função exercida. É o não-cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimento próprios. Nossa lei compreende a omissão de ato funcional, o retardamento e a prática, sempre contrários à disposição legal. O objeto jurídico é o interesse da administração pública que não se compadece com o proceder do funcionário que não cumpre seus deveres com o fito de satisfazer a objetivos pessoais, prejudicando o desenvolvimento normal e regular daquela atividade. Já não se trata de coibir a venda do dato ou conduta, como na corrupção, mas de impedir procedimento que molesta ou ofende aquele bem jurídico, sendo do mesmo modo impelido o funcionário por objetivos pessoais.

Distingue-se, portanto, da corrupção passiva (art. 317, CP), que exige que o funcionário seja movido pelo interesse de receber qualquer vantagem indevida por parte de terceiro.

Por somente poder ser cometido por funcionário público, trata-se de crime próprio. O sujeito passivo principal é o Estado, sendo que o “particular,

secundariamente, também pode ser vítima do delito em tela, caso venha a sofrer algum dano em face de conduta criminosa do funcionário público.” (CAPEZ, 2005, p.445)

As condutas típicas se materializam na concretização dos verbos i) *retardar*, ii) *deixar de praticar* e iii) *praticar*. “Retardar” é adiar, deixar de praticar dentro de prazo estabelecido, configurando conduta omissiva cuja intenção do agente é procrastinar a prática do ato. Por outro lado, ao “deixar de praticar” o ato, o agente possui o ânimo definitivo de não praticar o ato de ofício, em conduta omissiva. “Praticar” o ato de ofício “contra disposição expressa de lei” é conduta comissiva na qual o agente pratica ato de ofício, mas de forma contrária a lei.

Como o objeto material do crime é o ato de ofício, é necessário que o agente tenha a competência legal para expedi-lo. Noronha (1998) entende que o tipo penal alcança atos administrativos e atos judiciais. Por sua vez, Mirabete (2001) propugna a subsunção do ato legislativo ao tipo penal.

O retardamento ou a omissão do ato, enquanto elemento normativo, deve ser indevido, ou seja, injusto ou ilegal. Assim, nessas hipóteses, não há que se falar em prevaricação diante da ausência de disposição normativa que estabeleça o dever de cometer o ato.

O dolo configura elemento subjetivo do tipo penal, manifestando-se na vontade de retardar ou deixar de praticar indevidamente o ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, sendo necessária a consciência do agente de que a conduta é indevida. Caso contrário, o fato é atípico.

Também como elemento subjetivo do tipo, há a vontade de satisfazer interesse, que pode ser patrimonial ou moral, ou sentimento pessoal, lembrando que a obtenção de vantagem pessoal patrimonial pelo agente não deve estar vinculada ao oferecimento ou entrega de vantagem pelo particular, que configuraria o crime de corrupção.

Hungria<sup>15</sup> (1959, citado por Capez, 2005) entende que o interesse moral se dá quando o funcionário trai seu dever funcional por comodismo. Capez (2005, p. 446) pontua que. “a omissão ou retardamento do ato por mera indolência, simples desleixo ou negligência do funcionário público, sem o ânimo de satisfazer interesse ou

---

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1959. v. 9.

sentimento pessoal, não configurar o crime em tela, mas sim ato de improbidade administrativa”, nos termos do inciso II do artigo 11 da Lei nº 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

A prevaricação também abrange o sentimento pessoal de “vingança, amizade, piedade, caridade, ódio, despeito, prazer de mandar, prepotência etc” (CAPEZ, 2005, p. 447).

Tanto o retardamento quanto a omissão da prática do ato de ofício, por serem condutas omissivas, não admitem a forma tentada, ao contrário da prática de ato contra disposição expressa de lei.

Diante da hermenêutica proposta no presente trabalho, conforme explicitado sobretudo no capítulo 4, parece ser razoável propugnar a aplicabilidade do tipo penal em análise quando o juiz, detentor do poder-dever de tutela jurisdicional, furta-se a praticar os atos de sua competência, destinados à observância do contraditório, ampla defesa e demais garantias constitucionais, no curso do processo de execução penal, sendo irrelevante a natureza jurídica desse processo, administrativa ou jurisdicional. Irrelevância essa que se estende à natureza jurídica também dos Procedimentos Administrativos Disciplinares instaurados para apurar a prática das condutas reputadas como ilícitas dispostas na LEP, dado o dever de controle jurisdicional dos atos administrativos, caso se insista em afastar o caráter jurisdicional da execução penal.

## 5.2.2 Exercício arbitrário ou abuso de poder

Dispõe o art. 350 do Código Penal:

Exercício arbitrário ou abuso de poder

Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

Por outro lado, reza a Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965 (“Lei do Abuso de Autoridade”):

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

[...]

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

[...]

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

[...]

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses;

c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

Diante dos fatos de que o art. 350 do Código Penal faz parte da redação original desse diploma legal, de 07 de dezembro de 1940, que a Lei do Abuso de Autoridade data de 08 de dezembro de 1965, e que há superposições entre os tipos descritos em ambos os dispositivos, Capez (205, p. 636-637) dá notícia de três posicionamentos doutrinários acerca da aplicabilidade dessas normas (grifamos):

a) Para Damásio E. de Jesus<sup>16</sup> a Lei de Abuso de Autoridade apenas derogou o art. 350 do Código Penal, pois “o caput e o inciso III foram reproduzidos pelas alíneas a e b do art. 4º da referida lei, de modo que continuam em vigor os incs. I, II e IV do parágrafo único do art. 350”[...]

b) Para Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas há a seguinte situação<sup>17</sup>: (1) O art. 350, *caput* e seu inciso III, foi revogado pelo art. 4º, a e b, da Lei de Abuso de Autoridade, sendo idênticas as condutas previstas em ambos os diplomas legais. (2) No que diz respeito aos incisos I e II, afirmam os autores: “Apesar de não revogados expressamente pela Lei 4.898, de 09.12.1965, e da redação do art. 4º, a e b não reproduzir exatamente os tipos referidos, entende-se que houve revogação. Como ensina Heleno Cláudio Fragoso, ‘a incriminação contida os ns. I e II do parágrafo único do art. 350 do CP refere-se a condutas típicas que já se enquadram na cabeça do artigo (e, portanto, a letra a do art. 4º da Lei 4.898). Trata-se apenas de uma explicitação, de certa forma, desnecessária. Quem ilegalmente recebe, recolhe alguém a estabelecimento prisional, executa medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais. O mesmo se diga de quem prolonga a execução, deixando de expedir, em tempo oportuno, ou de executar, a ordem de liberdade.’. De se notar que a inclusão da letra *i* ao art. 4º da Lei 4.898, de 09.12.1965, repetindo o inciso II, no art. 350 do Código Penal, veio a confirmar o entendimento de que o referido dispositivo penal encontra-se revogado”. (3) No tocante ao inciso IV, sustentam os autores: “Trata-se de dispositivo que, por sua generalidade e abrangência, não pode ser tido como derogado pela Lei 4.898, de 09.12.1965. Portanto, permanece íntegra a figura típica no n. IV do citado art. 350, conforme nosso ponto de vista”. Conclusão: entendem os doutrinadores que o dispositivo penal em tela foi apenas derogado, uma vez subsiste a disposição penal contida no inciso IV do parágrafo único do art. 350 do Código Penal.

c) Para Celso Delmanto, “não só art. 350, *caput*, e inciso III estão revogados como também o estão os incisos I, II e IV, eu encontram previsão semelhante na Lei n. 4.898/65”<sup>18</sup>. Portanto, para esse autor houve ab-rogação do art. 350 do CP. No mesmo sentido é a lição de Julio Fabbrini Mirabete.

Compartilhamos deste último posicionamento.[...]

<sup>16</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**; parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.4. p. 326

<sup>17</sup> FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172

<sup>18</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio. M. de Almeida. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 637

De grande relevância para o presente estudo é a conduta descrita no inc. II do art. 350 do CP, correlata à disposta na alínea *i* do art. 4º da Lei nº 4.898/65, já que são freqüentes as notícias de condenados à pena de reclusão que permanecem presos mesmo após o cumprimento integral da pena. Conforme as correntes doutrinárias expostas, a opinião de Damásio de Jesus leva à aplicação do tipo descrito no Código Penal à conduta de um juiz responsável pela execução penal que, dolosamente, deixe de ordenar tempestivamente a libertação de prisioneiro indevidamente recolhido. As demais vertentes conduzem para a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade.

Já o tipo erigido na alínea *a* do art. 4º da Lei de Abuso de Autoridade parece açambarcar as situações nas quais o juiz impõe restrições adicionais à liberdade do condenado, como no caso da regressão do regime de execução da pena ou da aplicação de sanção administrativa descrita no inc. IV, art. 53 da LEP mediante PAD cujo controle jurisdicional não tutelou, mediante atitude dolosa do magistrado, os direitos fundamentais que lhe cabe proteger.

## **6 ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA PENAL VIGENTE**

### **6.1 A NECESSIDADE DE UMA POSTURA CRÍTICA DO JUIZ EM RELAÇÃO AO SISTEMA VIGENTE**

Carvalho (2007, p. 417)<sup>19</sup> desnuda em alguns parágrafos, que devido ao seu caráter já conciso e incisivo não poderemos nos furtar de transcrever na íntegra, os “desejos ébrios de vingança, do sadismo coletivo mascarado” que acabam por legitimar uma “política criminal do terror” que se operacionaliza pela transferência de responsabilidade acima apontada com conseqüências terríveis, justamente no momento mais agudo de intervenção estatal na sociedade, segundo o autor, a saber, a execução da pena:

Se o operador jurídico, narcotizado pelo discurso defensivista, exigiu da legalidade seu máximo até a sentença condenatória, neste momento crucial se cala, esquecendo do direito positivo com se estivesse acometido de terrível amnésia técnica. E assim por ignorância, ingenuidade ou má-fé, torna-se (co) responsável pelo genocídio em massa produzido nas instituições carcerárias; transforma-se em agente legitimador e (re)produtor da selvageria gótica que

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. . In: \_\_\_\_\_. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 417-427

assola a execução da pena privativa de liberdade, principalmente aquela cumprida em regime fechado.

A amnésia técnica, fruto do descaso doutrinário (acadêmico) com a matéria, resulta prática jurídica ineficaz e falaciosa pois, ao desconhecer a disciplina, os problemas tendem a ser mal colocados e as respostas, em consequência, deslocadas dos pontos problemáticos. A principal falácia em sede executiva é a afirmação de que o problema reside exclusivamente no Estado-administração, ou seja, de que a violação aos direitos dos presos no Brasil decorre exclusivamente da incompetência do Estado ao não cumprir a Lei de Execução Penal. Assim, sustenta-se que se o Executivo prestasse seus serviços os direitos dos apenados estariam plenamente garantidos. Prece, porém, que a utilização deste recurso por parte do jurista serve para neutralizar sua (ir)responsabilidade. Direcionando toda sua responsabilidade ao Estado-administração, o operador da execução penal redime sua culpa. Evidente que a atuação prestadora do Estado é imprescindível, sobretudo no aspecto de infraestrutura material, visto que administração pública coloca os apenados em situação de violência permanente ao não cumprir com o dever de assegurar o mínimo de dignidade durante o período de cumprimento da pena. Contudo, os direitos dos apenados vão muito além dessa proclamada “qualidade de vida doméstica”.

O autor, em auto e bom som, defende claramente que a efetividade dos direitos primários dos condenados ao sistema carcerário somente é possível se houver instrumentalidade garantista no processo de execução penal. E dá recomendações práticas: o jurista comprometido com a tutela desses direitos tem a função de denunciar as ilegalidades, normativas ou práticas, do sistema. Além dos efeitos concretos e imediatos, essa *praxis* também enriqueceria a ciência dogmática jurídico-penal aplicada à execução penal, assentando as bases para uma minimização sistemática dos danos gerados pelo cárcere.

Conforme expõe Rosa (2006, p. 122), a epistemologia garantista proposta por Ferrajoli indica onze princípios necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e da sanção: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa. A ausência de um deles torna a manifestação estatal ilegítima. Excluindo-se a “pena” do rol das garantias, por ser apenas uma possibilidade ao fim do processo, conforme proposta do autor, o “modelo ideal” pode ser composto por dez axiomas, vertidos em latim:

- |    |                                |
|----|--------------------------------|
| A1 | <i>Nulla poena sine crime</i>  |
| A2 | <i>Nullum crimen sine lege</i> |

A3	<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>
A4	<i>Nulla necessitas sine injuria</i>
A5	<i>Nulla injuria sine actione</i>
A6	<i>Nulla actio sine culpa</i>
A7	<i>Nulla culpa sine iudicio</i>
A8	<i>Nullum iudicium sine accusatione</i>
A9	<i>nulla accusatio sine probatione</i>
A10	<i>Nulla probatio sine defensione</i>

Esses axiomas podem ser entendidos, respectivamente, como:

- 1) princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato e no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

## 6.2 CRIMINOLOGIA RADICAL E A INADEQUAÇÃO DA PENA DE PRISÃO COMO RESPOSTA PENAL

Schmidt (2007)<sup>20</sup> observa que o art.1º da LEP, ao explicitar que a execução penal tem o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, indica que o legislador entendeu o processo da execução penal integralmente filiado à visão da prevenção especial positiva, que atribui à pena a função de corrigir o condenado. Para ilustrar sua afirmação, traz à baila que a Seção III do Capítulo IV do Título II trata da “disciplina” durante a execução da pena, termo esse

---

<sup>20</sup> SCHMIDT, Andrei Zenker. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 207-267

que demonstra o paradigma educador. Aponta também algumas outras premissas ocultas nesse paradigma: a assunção de uma ética social-universalizante e de uma sociedade não-desviada, além do caráter paternalista do Estado que, em nome da sociedade, tenta “recuperar” alguém ainda que contra a sua vontade, reeducando-o compulsoriamente. O autor, portanto, aponta para um problema de fundo da problemática que envolve o próprio conceito de crime.

Santos (2006), a partir da perspectiva do materialismo histórico, procura por às claras exatamente essa questão.

O autor afirma que o desenvolvimento das teorias radicais sobre o crime está ligado às lutas ideológicas das sociedades ocidentais, vinculado às estruturas econômicas e políticas e às relações de dominação das sociedades capitalistas. Guardadas as devidas proporções, a Criminologia Radical, como crítica à criminologia tradicional, põe-se em paralelo ao marxismo e vale-se de seu método e categorias.

Pontua que após a Segunda Guerra, a criminologia abandona as teorias genéticas e psicológicas e passa a se concentrar no estudo de causas ambientais da criminalidade: é a chamada criminologia fabiana, que adota como fatores básicos a subsocialização e a corrupção individual. A punição justifica-se como correção ressocializadora e oportunidade para o arrependimento. As teorias conservadoras caracterizam-se pela descrição da organização social, sendo na prática legitimadoras da ordem social desigual. Já as teorias liberais prescrevem mudanças institucionais e sociais fundadas em pesquisas sociológicas como meios de prevenção do crime. Ambos os conjuntos têm uma lógica de criminologia correccionalista, que se funda na percepção de que a maioria do comportamento social é convencional enquanto que o crime e desvio são comportamentos não-convencionais minoritários.

Para o autor, o trabalho *The New Criminology* (Taylor, Walton e Young, 1973), foi um dos primeiros estudos sistemáticos do desenvolvimento da teoria criminológica sob um método dialético-histórico, pretendendo o desenvolvimento de uma criminologia marxista e chamando a atenção para a urgência de uma economia política do crime.

Mas a criação do Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social, na Itália, em 1972, foi o acontecimento crucial na formação da Criminologia Radical. Seu Manifesto denunciou os modos dominantes de análise do crime e do controle

social e estabeleceu uma base ideológica e científica para a crítica radical da teoria criminológica dominante, fundada na inserção do fenômeno criminoso na esfera de produção das relações de produção. Como proposta, orienta o esforço para a elaboração de uma teoria criminológica comprometida com a construção do socialismo, na qual a classe trabalhadora é a portadora da universalidade, observando que a população carcerária é justamente extraída dessa classe.

Lançando um olhar crítico sobre as teorias tradicionais a respeito do crime, explica que a criminologia dominante parte do conceito de crime, definindo-o como sendo a conduta que a lei ou a justiça criminal determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, mesmo que danosos, ou comportamentos que mesmo definidos como crimes, não são processados nem reprimidos pela justiça criminal, como a criminalidade do “colarinho branco”. Há a clara expressão de um conteúdo ideológico.

A distorção ideológica resulta do que está incluído na indicação do que é crime, não só apenas no que está excluído, concentrando os aparelhos de controle e repressão social sobre os pobres. Nas sociedades capitalistas, a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio.

A validade das teorias tradicionais é posta em xeque pelas chamadas cifra negra – que representa a diferença entre a aparência (conhecimento oficial) e realidade (volume total) da criminalidade convencional, referente aos fatos não identificados, não denunciados ou não investigados – e cifra dourada – representada pelos crimes do “colarinho branco”, nos quais seus autores acabam gozando de algum tipo de imunidade processual fática. O resultado histórico da criminologia correccionalista é o aumento do poder do Estado capitalista sobre as classes desfavorecidas, manifestando uma ideologia paternalista-despótica: homens iluminados são os motores da história, e o povo ignorante é objeto, sem poder nem consciência.

Portanto, a definição legal e tradicional de crime está ligada à ideologia de neutralidade do Direito e serve como instrumento de opressão social. As deformações dessa definição levaram criminólogos radicais a formular uma definição proletária de crime fundada na violação dos Direitos Humanos em uma perspectiva socialista, precipitada nos conceitos de igualdade social e de segurança pessoal.

A Criminologia Radical, por sua vez, compromete-se com a produção teórica e com a criação de procedimentos para ajudar a classe trabalhadora na construção de uma sociedade democrática. A desmistificação do sistema de controle social penal revela sua natureza classista, mesmo quando se tratam das medidas “liberalizantes”. Seu projeto científico tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas. A análise estrutural mostra a inseparabilidade entre disciplina do trabalho e controle social e revela que o mesmo processo que vincula o trabalhador no trabalho dirige o marginalizado para o crime, que aceita esse risco por um motivo: a necessidade de sobrevivência em condições de privação material. Já o sistema de controle social, que manifestamente veicula a idéia de que está protegendo o “cidadão honesto”, disciplina a força de trabalho ativa. O discurso busca inverter a relação de causa e consequência real: não é a criminalidade a causa dos problemas sociais do capitalismo, mas o contrário. É essa ligação oculta que constitui o foco da Criminologia Radical: o controle do crime pela ação dos aparatos estatais de repressão assegura a reprodução do modo de produção capitalista: justiça econômica e justiça penal são aspectos de um mesmo fenômeno.

Esquemáticamente, o contraste da Criminologia Radical com a criminologia tradicional pode ser indicado no quadro abaixo:

	Criminologia Radical	Criminologia tradicional
Objeto	Estrutura econômica e superestruturas jurídicas e políticas de controle social	Comportamento criminoso e sistema de justiça criminal
Compromisso	Construção do socialismo	Aprimoramento funcional-tecnocrático do aparelho penal; efetividade (redução de crimes) e eficiência (maior efetividade com menores custos)
Base social	Classes trabalhadoras e subalternas	Elites econômicas e políticas
“Origem” do crime	Condições objetivas estruturais do modo de produção capitalista	“Anomalia” do sujeito ou “realidade ontológica”
Interesse científico	Mecanismos de controle social	Causas do crime
Paradigma	Sistema dinâmico de funções	Etiológico

**QUADRO 1 - CRIMINOLOGIA RADICAL E CRIMINOLOGIA TRADICIONAL**

Assim, a Criminologia Radical demonstra que, primariamente, são criminosos e criminógenos os sistemas sociais que produzem as condições necessárias e suficientes

para a existência do comportamento criminoso. O autor aponta os trabalhos de Rusche e Kirchheimer em *Punishment and social structure* (1968), no qual se afirma que “todo sistema de produção descobre punições que correspondem às suas relações produtivas”. O mercado de trabalho seria a categoria principal para explicar o sistema penal: se a força de trabalho é insuficiente, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; se a força de trabalho é excedente, a punição assume a finalidade destrutiva da mão-de-obra. Segundo o autor, Foucault, em *Surveiller et punir* (1975) mostrou a mediação política do sistema punitivo para realizar objetivos econômicos específicos mediante a produção de “corpos dóceis e úteis” gerados por conhecimentos e técnicas de controle para dominar as capacidades produtivas do corpo.

Santos (2006) lembra que ideologia burguesa define o tempo como medida geral e abstrata do valor da mercadoria, e o estudo da punição mediante privação de liberdade traz à tona a correlação daquele valor na medida da pena de prisão, que realiza a “contabilidade econômico-moral” do condenado, deduzindo a dívida do crime na moeda do tempo. À coação física se somam as técnicas do isolamento, do trabalho e da modulação da pena.

A história da fundamentação “técnica-corretiva” do sistema carcerário dá provas, segundo o autor, de um fracasso retumbante, no qual se desenvolve mesmo uma “eficácia invertida”, através da produção da reincidência criminal. Foucault explica esse fenômeno através da distinção entre objetivos ideológicos (aparentes) e objetivos reais (ocultos) da prisão. Os primeiros se resumem nas metas de repressão da criminalidade e de controle do crime. Os segundos são a reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes inferiorizadas e a reprodução das relações sociais, pois a repressão funciona como “tática de submissão ao poder”. Em sua construção, a lei funciona como “instrumento de classe” e a gestão da massa criminalizada, controla a população não criminalizada, funciona como camuflagem das ilegalidades praticadas pelos grupos dominantes, concentra a ilegalidade nas classes dominadas e atua como centro controlador.

Mas o objetivo real mais geral do sistema de justiça criminal é a moralização da classe trabalhadora, através da doutrinação de uma “legalidade de base”: propriedade,

trabalho, emprego, família etc. A perspectiva proposta pela Criminologia Radical revela que as instituições de controle social são instituições acessórias da formação social, que controlam e reproduzem a contradição entre liberdade política (esfera de circulação) e escravidão social (esfera de produção), sendo a instituição penitenciária a mais importante.

A posição estruturante da pena privativa de liberdade se reafirma mesmo diante da introdução dos “substitutivos penais”: todas as medidas alternativas pressupõe a possibilidade de sua conversibilidade em prisão.

Conclui o autor com a missão da Criminologia Radical: a política criminal alternativa propõe, no processo de criminalização, a penalização da criminalidade econômica e política das classes dominantes e a despenalização da criminalidade típica das classes subalternas. Na execução penal, propõe a abolição da prisão, mediante a contínua extensão das medidas alternativas da pena a abertura do cárcere para a sociedade.

## 7 CONCLUSÃO

Partindo da premissa que o cerne do ordenamento jurídico brasileiro consubstancia-se na Constituição Federal que, por sua vez, dispõe um núcleo de direitos e garantias fundamentais que não podem ser afastadas, salvo nas situações nela mesma excepcionadas, e aceitando uma perspectiva positivista na hermenêutica da interpretação desse ordenamento, o que leva a Carta Fundamental a assumir o centro de gravidade indeclinável desse sistema, procurou-se verificar se há a possibilidade de imputar ao magistrado responsável pela execução penal algum fato penalmente relevante no âmbito de sua atuação.

O objetivo dessa perquirição não foi outro senão propor alguns elementos e reflexões que eventualmente possam sensibilizar aqueles que, de direito, detêm o poder-dever de tutela dos direitos fundamentais de cada um dos integrantes da gigantesca e crescente população carcerária que transborda de um sistema em colapso. Poder esse que, de fato, na grande maioria dos casos, concretiza-se em sentenças de vida ou morte.

Reafirmamos a perspectiva positivista, embora seja claro que as polissemias e vagezas inerentes à linguagem – e, portanto, ao Direito – demandam do intérprete esclarecido a busca sem fim de uma percepção mais completa da realidade sobre a qual o sistema procura lidar. Ou seja, deve-se ter em mente que para além das palavras há a necessidade de se reconhecer que todo intérprete assume, *a priori*, uma ideologia que orienta sua atividade para, a seguir, compreender de modo tão claro quanto o possível, os valores que ela alberga. O próximo passo é a *práxis* coerente.

Assim, partindo desses pontos, o presente trabalho investigou superficialmente a possibilidade de amoldar algumas condutas hipotéticas desses magistrados aos tipos penais. Em primeira vista, parece-nos ser razoável se cogitar a ocorrência dos crimes de prevaricação (art. 319 do CP) e de modalidade de exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350, II, do CP, ou art. 4º, *a* e *i*, da Lei nº 4.898/65).

Por fim, valendo-se principalmente do ferramental teórico proporcionado pela Criminologia Radical, é traçada uma breve análise acerca da ineficácia da pena de prisão na qual se procura enxergar para além dos seus objetivos manifestos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto, **Constituição da República Federativa do Brasil**: Anotada e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDEZ, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; ROSA, Henrique Marder da; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Ronyra Soares de Brito e. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**. Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. amp e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 01, 2001.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.
- KAHNEMAN, D. P., SLOVIC, P., TVERSKY, A. **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros, 2002
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**; parte especial. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2 e 3.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a Bricolage de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Citações e notas de rodapé**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 3).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Referências**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 4)

## ANEXO

### JURISPRUDÊNCIA

#### **EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. NULIDADE DA DECISÃO. JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO.**

– A jurisdicionalização da execução penal implica a efetiva observância de todos os princípios e garantias inerentes a um processo penal democrático.

– Neste sentido, após a oitiva do Ministério sobre o conteúdo do PAD e antes da decisão judicial correspondente, necessário – leia-se, impositivo – que se dê vista à defesa, especialmente quando a decisão possa afetar o status jurídico do cidadão-apenado.

**À unanimidade, rejeitada preliminar ministerial, (a) acolheram prefacial defensiva e (b) deram provimento ao agravo.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70014592810

COMARCA DE PORTO ALEGRE

VLADIMIR MEDEIROS DE OLIVEIRA

AGRAVANTE E

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitada a prefacial ministerial, em (a) acolher a preliminar defensiva para decretar a nulidade da decisão homologatória do PAD n.º 187/2005 (fl. 40), devendo outra ser proferida após a manifestação defensiva, e (b) dar provimento ao recurso para afastar a prática de falta grave (PAD 149/2005), devendo o Juízo da Execução proceder às devidas retificações no prontuário do apenado.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 26 de abril de 2006.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Trata-se de agravo em execução interposto pela Defesa Pública, atacando decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre que, ao homologar os PADs n.ºs 149/2005 e 187/2005, decretou a perda dos dias remidos do apenado **VLADIMIR MEDEIROS DE OLIVEIRA.**

Argúi a defesa, preliminarmente, a nulidade das decisões atacadas por ofensa ao direito ao contraditório e a ampla defesa, pois homologaram os PADs sem a prévia manifestação defensiva. Sustenta, outrossim, que a perda dos dias remidos agride os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Assevera, ainda, que a perda dos dias remidos se constitui em *bis in idem* e viola o direito adquirido. Aduz que o art. 127, da LEP, deve ser interpretado à luz da Constituição. Requer, então, a nulidade da decisão agravada e, alternativamente, o restabelecimento dos dias remidos.

Em contra-razões, o Ministério Público argüiu, preliminarmente, a falta de interesse recursal, porquanto não há dias remidos passíveis de serem perdidos. No mérito, postulou o improvimento do agravo.

Mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 61), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo improvimento do mesmo.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

A preliminar ministerial vai rejeitada porquanto, em realidade, foi determinado o perdimento dos dias remidos pelo juízo singular. Para além disso, o vício que fulmina a decisão – inconstitucionalidade –, impõe o conhecimento do agravo.

Rejeita-se, pois, a prefacial do Ministério Público.

Entretanto, estou a acolher a preliminar defensiva em relação a homologação do PAD n.º 187/2005, pois vislumbro agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que do PAD – formalmente perfeito – somente foi dado vista ao Ministério Público e após veio a decisão guerreada, sem oportunizar manifestação da defesa do apenado. Eis o defeito.

A jurisdicionalização da execução penal implica a efetiva observância de todos os princípios e garantias inerentes a um processo penal democrático. Em outras palavras, o processo de execução penal deve estar calcado em todos os requisitos do devido processo legal.

Neste sentido, após a oitiva do Ministério sobre o conteúdo do PAD e antes da decisão judicial correspondente, necessário – leia-se, impositivo – que se dê vista

à defesa, especialmente quando a decisão possa afetar o *status* jurídico do cidadão-apenado:

**“DIREITO PENITENCIÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE: AGRESSÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

– A execução penal deve encampar todas as exigências do devido processo legal: direitos do cidadão-apenado estão em jogo.

– Nula é a decisão que homologa processo administrativo disciplinar sem ouvir a Defesa após a manifestação do Ministério Público: agressão à ampla defesa e ao contraditório.

**Nulidade decretada (unânime).”**

(Agravado em execução n.º 70009523267, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 03/11/2004)

Nula, portanto, a decisão homologatória do PAD n.º 187/2005 (fl. 40), devendo outra ser proferida após a manifestação defensiva.

No que atine ao PAD n.º 149/2005, embora presente o mesmo vício, não se o declara porque o mérito vem em favor do apenado. Explico.

O PAD referido apurou falta grave praticada pelo apenado, mas apresenta vício insuperável – de índole constitucional: não foi assegurado ao apenado a assistência de um defensor na audiência de oitiva da testemunha (fl. 35) – violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. E tal vício – vênica – impõe a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive no âmbito administrativo como do PAD:

*LV – 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;*

Inobstante tal garantia constitucional, o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS Nº 014, de 21/01/2004) ao regram os procedimentos administrativos disciplinares, expressamente prevê a imprescindibilidade da defesa técnica:

**Art. 23.** *Os atos do Conselho Disciplinar orientar-se-ão pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e **ampla defesa**, observando-se o seguinte rito:*

(...)

*II - no mesmo ato o apenado poderá **indicar defensor**, bem como as provas que pretende produzir em audiência. Na hipótese do apenado não indicar ou constituir advogado, **a Conselho Disciplinar cientificará da audiência de instrução e julgamento a defensoria pública e/ou profissional da área jurídica que possa exercer a defesa;***

*III - na audiência de instrução e julgamento, após a oitiva do infrator, das testemunhas e da produção de outras provas, será oportunizada a manifestação imediata da defesa;*

(...)

**Art. 27.** *Será causa de nulidade absoluta do Procedimento Disciplinar, a ausência de cientificação do defensor, quando constituído, ou a inexistência de ciência expressa ao acusado da instauração do procedimento.*

Então, seja por previsão constitucional, seja por disposição expressa do RDP, imperiosa a presença da defesa técnica. E o Conselho Disciplinar tem dever, de ofício, de intimar o advogado constituído e, na falta desse, a Defensoria Pública e/ou profissional habilitado.

Assim, por ausente defensor na audiência referida – presente apenas na audiência de oitiva do apenado –, nulo o PAD, com o que não há falta grave.

Com estas considerações, rejeitada a prefacial ministerial, (a) acolhe-se a preliminar defensiva para decretar a nulidade da decisão homologatória do PAD n.º 187/2005 (fl. 40), devendo outra ser proferida após a manifestação defensiva, e (b) dá-se provimento ao recurso para afastar a prática de falta grave (PAD 149/2005),

devendo o Juízo da Execução proceder às devidas retificações no prontuário do apenado.

**DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDO FLORES CABRAL JUNIOR  
rpm

**DIREITO PENITENCIÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL.  
NULIDADE: AGRESSÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

– A execução penal deve encampar todas as exigências do devido processo legal: direitos do cidadão-apenado estão em jogo.

– Nula é a decisão que homologa processo administrativo disciplinar sem ouvir a Defesa após a manifestação do Ministério Público: agressão à ampla defesa e ao contraditório.

**Nulidade decretada (unânime).**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70009523267

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MAURICIO LINHARES BOEZZIO

AGRAVANTE E

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao agravo para decretar a nulidade da decisão atacada, devendo outra ser proferida após a ouvida da defesa.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA.**

Porto Alegre, 03 de novembro de 2004.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Trata-se de agravo em execução, interposto pela Defesa Pública, atacando decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, que homologou o PAD e reconheceu a prática de falta grave.

Argúi a defesa, preliminarmente, a nulidade da decisão guerreada por violação do devido processo legal – não intimou a defesa para se manifestar acerca dos fatos – e por falta de fundamentação. No mérito, assevera que a perda dos dias remidos agride os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, além de ser *bis in idem*. Requer o acolhimento das preliminares e, no mérito, o provimento do agravo.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 52), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Ricardo de Oliveira Silva, manifesta-se pela rejeição das preliminares defensivas e, no mérito, pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Com a vênia respeitável do ilustre colega singular, estou a entender que o procedimento apresenta defeito que nulifica a decisão homologatória do PAD 0004/04.

Explico-me.

De logo, registro que nulidade alguma há no ato decisório em si porquanto dele se apreende que há fundamentação suficiente.

Todavia, entendo que houve agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Elaborado o procedimento administrativo com toda a regularidade formal, veio ele a juízo. Ali se deu vistas ao Ministério Público e após veio a decisão guerreada. Aqui – no meu sentir – reside o defeito.

O Processo de Execução Penal deve ser judicializado. Em outras palavras, deve obedecer a todos os requisitos do devido processo legal.

Em assim sendo, após a oitiva do Ministério sobre o conteúdo do PAD e antes da decisão judicial correspondente, necessário – leia-se, impositivo – que se dê vistas à defesa.

É que a defesa deve ser ouvida sobre a postulação do Ministério Público, principalmente quando vem contra os interesses do cidadão.

Assim, dá-se provimento ao agravo para decretar a nulidade da decisão atacada, devendo outra ser proferida após a ouvida da defesa.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

**DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF** - Presidente - Agravo em Execução nº 70009523267, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO PARA DECRETAR A NULIDADE DA DECISÃO ATACADA, DEVENDO OUTRA SER PROFERIDA APÓS A OUVIDA DA DEFESA."

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDO FLORES CABRAL JUNIOR  
rpm

**EXECUÇÃO CRIMINAL. JURISDICIZAÇÃO. NULIDADE DE DECISÃO SEM PRESERVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

– A execução criminal, por alcançar direitos impostergáveis, deve ser jurisdicizada.

– Nula é a decisão que converte prestação serviços à comunidade em privativa de liberdade sem intimação da defesa.

– As garantias modernas têm por finalidade reduzir os espaços de arbítrio do poder, pena de se transformar em mero exercício de arbítrio.

– **Decretaram a nulidade da decisão singular (unânime).**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70008964751

COMARCA DE TEUTÔNIA

VALDEMAR LUIS DA ROSA

AGRAVANTE E

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao agravo para anular a decisão que efetuou a conversão, devendo outra ser prolatada após a intimação da defesa.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 25 de agosto de 2004.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**

Relator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Cuida-se de agravo em execução interposto pela Defesa Pública contra decisão da MMA. Juíza de Direito da Vara Judicial da Comarca de Teutônia que converteu a prestação de serviços à comunidade em pena privativa de liberdade.

Sustenta a defesa, em síntese, que não foi consultada a entidade onde o agravante prestava serviços acerca do cumprimento da pena. Alega que a decisão é inconstitucional e ilegal, uma vez que converteu a pena sem a prévia oitiva do agravante, apenas oportunizando a oitiva do Ministério Público. Requer seja desconstituída a decisão guerreada.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 37), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. José Pedro M. Keunecke, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR) TRANSMITIR**

O recurso – vênia da ilustre colega singular – está apto a vingar: as razões recursais da ilustre defensoria convenceram-me.

A colega singular – no processo de execução penal – assim despachou: “Oficie-se ao Rotary Club como de praxe, uma vez que a PPL foi substituída por prestação de serviços à comunidade. Intime-se o condenado para que se apresente a fim de dar início ao cumprimento da pena” (fl. 15 v).

A seguir foi o apenado intimado à apresentação perante do Rotary Club, para ser encaminhado ao serviço comunitário – fl. 18.

À fl. 18v vem uma certidão cartorária dando conta que até aquela data não havia informação quanto ao cumprimento da prestação de serviços. De imediato, os autos foram ao representante do Ministério Público que postulou a conversão da restritiva em privativa de liberdade.

Então, a colega singular acolheu o pedido ministerial.

A Câmara tem pacificado entendimento que o processo de execução penal deve ser jurisdicizado. Em outras palavras, na execução criminal as garantias do devido processo penal devem se fazer presentes.

Não se pode, sem as garantias da ampla defesa e do contraditório, tomar decisão alguma em prejuízo do cidadão. A função das garantias é exatamente reduzir os espaços de arbítrio do Poder – seja ele qual for. Ou seja, o poder deve ser controlado pena de se transformar em exercício de arbítrio, o que não se admite neste momento da história.

Então, antes de determinar a conversão – renovada vênua –, a ilustre colega singular deveria ter oportunizado manifestação defensiva.

Como não o fez, nulidade se faz presente.

Diante do exposto, dá-se provimento ao agravo para anular a decisão que efetuou a conversão, devendo outra ser prolatada após a intimação da defesa.

**DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF** - Presidente - Agravo em Execução nº 70008964751, Comarca de Teutônia: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO PARA ANULAR A DECISÃO QUE EFETUOU A CONVERSÃO, DEVENDO OUTRA SER PROLATADA APÓS A INTIMAÇÃO DA DEFESA."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSANE BEN DA COSTA  
rpm

**EXECUÇÃO PENAL. JURISDICIONALIZAÇÃO. NULIDADE DO PAD: REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE OITIVA DO APENADO NO MESMO DIA DA CIENTIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO – AGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

– A jurisdicionalização da execução da pena impõe uma nova postura diante do processo de execução penal, postura esta consentânea com os direitos e garantias fundamentais. Busca-se afastar o caráter “administrativizado” da execução da pena, para se ter em foco um verdadeiro processo de execução, fulcrado nos princípios que regem um processo penal democrático e humanista.

– A ampla defesa impõe que se dê ciência ao acusado acerca da imputação em um prazo razoável entre esta notificação e a oitiva do mesmo perante a autoridade administrativa, pena de retorno ao medievo, em que a prática inquisitorial levava o acusado a julgamento sem que o mesmo tivesse conhecimento da acusação contra si pendente e sem prévio contato com seu defensor.

**À unanimidade, deram provimento ao recurso.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70015295314

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ADILSON DA SILVA COUTO

AGRAVANTE E

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso para decretar a nulidade do PAD, com o afastamento da falta grave, devendo o Juízo das Execuções proceder às devidas retificações no prontuário do apenado.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA.**

Porto Alegre, 05 de julho de 2006.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
**Relator.**

## **RELATÓRIO**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Cuida-se de agravo em execução, interposto pela Defesa Pública, atacando decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre que, ao homologar o PAD 124/2005, decretou a perda dos dias remidos do apenado **ADILSON DA SILVA COUTO**.

Arrazoado o recurso, o Ministério Público apresentou contra-razões. Mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 34), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Com a devida vênia do colega singular, estou a prover o recurso para declarar a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, com o conseqüente afastamento da falta grave e restabelecimento dos dias remidos.

A intimação do apenado da instauração do PAD se deu na mesma data da realização da audiência de interrogatório – em 11/08/2005, consoante fls. 14 e 15. Logo, agressão aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa!

A jurisdicionalização da execução da pena impõe uma nova postura diante do processo de execução penal, postura esta consentânea com os direitos e garantias fundamentais. Busca-se afastar o caráter “administrativizado” da execução da pena, para se ter em foco um verdadeiro processo de execução, fulcrado nos princípios que regem um processo penal democrático e humanista.

Neste sentido, a Constituição da República, em seu art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive no âmbito administrativo como do PAD:

*LV – 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;*

Com efeito, a ampla defesa impõe que se dê ciência ao acusado acerca da imputação em um prazo razoável entre esta notificação e a oitiva do mesmo perante a autoridade administrativa. Não há defesa efetiva se o apenado não tem tempo de contatar com seu defensor, seja constituído ou nomeado.

Somente a prévia ciência do fato possibilita, inclusive, que o apenado contrate um advogado para atuar na sua defesa, o que se torna impossível quando tudo se dá no mesmo dia (quem sabe até no mesmo ato). Além disso, este prazo razoável permite que advogado e constituinte possam estabelecer o rumo/estratégia da defesa, ao possibilitar que o imputado seja eficientemente instruído e que o técnico possa eficazmente atuar.

Em suma, a intimação e oitiva do acusado na mesma data é o retorno ao *medievo*, em que a prática inquisitorial levava o acusado a julgamento sem que o

mesmo tivesse conhecimento da acusação contra si pendente e sem prévio contato com seu defensor.

Neste compasso, a Câmara vem decretando a nulidade de processos criminais em que a citação do réu se dá no mesmo dia da audiência judicial de interrogatório:

**“PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. PRAZO NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO DA DEFESA. NULIDADE.**

A ausência de citação retira do acusado a possibilidade de defender-se da imputação articulada pelo órgão acusador. Um prazo mínimo razoável entre a citação e o interrogatório é intrínseco à garantia constitucional da ampla defesa, ainda que carente de previsão legal. Precedentes desta Corte.

**Decretaram a nulidade do feito, a partir dos interrogatórios (unânime).”**

(Apelação crime n.º 70011117033, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 14/06=9/2005).

Afora estas ponderações de ordem constitucional, o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS n.º 014/2004) é expresso ao estabelecer **o prazo mínimo de cinco dias entre a cientificação da acusação e a audiência de interrogatório:**

*“Art. 23. Os atos do Conselho Disciplinar orientar-se-ão pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e ampla defesa, observando-se o seguinte rito:*

*I - instaurado o Procedimento Disciplinar, o apenado deverá ser cientificado das acusações a ele imputadas e da data da audiência de interrogatório, instrução e julgamento, a ser realizada **num prazo não inferior a 05 (cinco) dias**. Tal ciência será colhida no Termo de Ocorrência, cuja cópia ficará, desde já, a disposição do apenado e da defesa;”* (grifou-se).

Assim, como a audiência de interrogatório foi realizada na mesma data da ciência da acusação, **nulo é o PAD**, com o que não há falta grave.

Finalmente, apenas registro que há nulidade posterior, agora em sede judicial. Ocorre que do PAD apenas o Ministério Público teve vista, sem que fosse intimada a defesa do apenado – nulidade esta que não vai declarada porque a nulidade do PAD é anterior:

**“DIREITO PENITENCIÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE: AGRESSÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

– A execução penal deve encampar todas as exigências do devido processo legal: direitos do cidadão-apenado estão em jogo.

– Nula é a decisão que homologa processo administrativo disciplinar sem ouvir a Defesa após a manifestação do Ministério Público: agressão à ampla defesa e ao contraditório.

**Nulidade decretada (unânime).”**

(Agravo em execução n.º 70009523267, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 03/11/2004).

Com estas considerações, dá-se provimento ao recurso para decretar a nulidade do PAD, com o afastamento da falta grave, devendo o Juízo das Execuções proceder às devidas retificações no prontuário do apenado.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

**DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA** - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: RINEZ DA TRINDADE  
rpm

**AGRAVO EM EXECUÇÃO. NULIDADE DO PAD. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.**

– O PAD apresenta vício insuperável – de índole constitucional: não foi assegurado ao apenado a assistência de um defensor quando do interrogatório perante a autoridade administrativa e sequer há notificação do mesmo acerca da instauração do procedimento – violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. E tal vício – vênia – impõe a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar.

– A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive no âmbito administrativo como do PAD.

– O Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS Nº 014, de 21/01/2004) ao regram os procedimentos administrativos disciplinares, expressamente prevê a imprescindibilidade da defesa técnica, bem como da necessidade de notificação do apenado acerca da imputação.

**À unanimidade, deram provimento ao agravo.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70013803374

COMARCA DE RIO GRANDE

ANDERSON SARAIVA FERRAZ

AGRAVANTE E

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao agravo para afastar a prática de falta grave, determinando a retificação do prontuário do apenado.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 19 de abril de 2006.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

### DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

Cuida-se de agravo em execução, interposto pela Defesa Pública, atacando decisão da MMª. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande que regrediu o regime carcerário, alterou a data-base e decretou a perda dos dias remidos do apenado **ANDERSON SARAIVA FERRAZ**.

Sustenta a defesa, em suma, que o apenado não retornou à casa prisional porque sua filha estava doente, necessitando do apoio do mesmo, sendo que durante o período de fuga não cometeu outro delito. Assevera, ainda, que a regressão de regime revela-se desproporcional à conduta do apenado. Alega, outrossim, que o art. 127, da LEP, agride a Constituição, porquanto a remição é direito adquirido do apenado. Requer o provimento do recurso para que o apenado retorne ao regime semi-aberto, bem como restabelecida a remição da pena.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 75), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Conclusos os autos, solicitei ao colega singular cópia do PAD respectivo (fl. 87). Com a vinda das informações, o feito foi com vista a Procuradoria de Justiça.

O Dr. José Pedro M. Keuncke, Procurador de Justiça, manifestou-se pelo improvimento do recurso, nos exatos termos do parecer anteriormente exarado.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

O recurso – vênia do colega singular – está apto a vingar.

Ocorre que vislumbro vício insuperável – de índole constitucional – no PAD (fls. 90/98) que apurou a prática de falta grave: não foi assegurado ao apenado a assistência de um defensor quando do interrogatório perante a autoridade administrativa e sequer há notificação do mesmo acerca da instauração do procedimento – violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. E tal vício – vênia – impõe a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive no âmbito administrativo como do PAD:

*LV – 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;*

Inobstante tal garantia constitucional, o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS Nº 014, de 21/01/2004) ao regram os procedimentos administrativos disciplinares, expressamente prevê a imprescindibilidade da defesa técnica e da necessidade de notificação do apenado da imputação articulada na denúncia:

**Art. 23.** *Os atos do Conselho Disciplinar orientar-se-ão pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e **ampla defesa**, observando-se o seguinte rito:*

*I - instaurado o Procedimento Disciplinar, **o apenado deverá ser cientificado das acusações a ele imputadas** e da data da audiência de interrogatório, instrução e julgamento, a ser realizada num prazo não inferior a 05 (cinco) dias. **Tal ciência será colhida no Termo de Ocorrência, cuja cópia ficará, desde já, a disposição do apenado e da defesa;***

*II - no mesmo ato o apenado poderá **indicar defensor**, bem como as provas que pretende produzir em audiência. Na hipótese do apenado não indicar ou constituir advogado, **a Conselho Disciplinar cientificará da audiência de instrução e julgamento a defensoria pública e/ou profissional da área jurídica que possa exercer a defesa;***

*III - na audiência de instrução e julgamento, após a oitiva do infrator, das testemunhas e da produção de outras provas, será oportunizada a manifestação imediata da defesa;*

*(...)*

**Art. 27.** *Será causa de nulidade absoluta do Procedimento Disciplinar, a ausência de cientificação do defensor, quando constituído, ou a inexistência de ciência expressa ao acusado da instauração do procedimento.*

Então, seja por previsão constitucional, seja por disposição expressa do RDP, imperiosa a presença da defesa técnica e notificação do apenado acerca da imputação. E o Conselho Disciplinar tinha dever, de ofício, de intimar o advogado constituído e, na falta desse, a Defensoria Pública. Como não o fez, todo o procedimento está eivado de nulidade!

Mais do que isso, o apenado tem direito de ter prévio conhecimento do teor da acusação, pena de retorno ao medieval inquisitório, onde tudo se dava sob o manto do segredo.

Neste contexto, nulo o PAD, não há como se reconhecer a falta grave – sabe-se que o PAD, consoante dispõe o art. 59, da LEP, é imprescindível ao reconhecimento da falta disciplinar.

Com estas considerações, dá-se provimento ao agravo para afastar a prática de falta grave, determinando a retificação do prontuário do apenado.

**DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IMPRESCINDIBILIDADE DO PAD PARA CONFIGURAÇÃO DA FALTA GRAVE. ART. 59, DA LEP, E ART. 2, § 1º, DO RDP.**

**À unanimidade, negaram provimento.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70014889216

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVANTE E

RUDINEI FREITAS

AGRAVADO.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 10 de maio de 2006.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Cuida-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público, atacando decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Caxias do Sul que deixou de reconhecer a falta grave do apenado **RUDINEI FREITAS**.

Arrazoado o recurso, a defesa apresentou contra-razões. Mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 33), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Delmar Pacheco da Luz, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Não vinga o recurso ministerial.

Em que pese esta Câmara entender imprescindível a realização da audiência de justificação da fuga – não realizada –, tenho por dispensável no presente caso.

Ocorre que o fato imputado ao apenado sequer foi apurado via PAD, daí porque impossível o reconhecimento da falta grave.

Com efeito, imprescindível a confecção de procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta grave, consoante dispõe o art. 59, da LEP – “*Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa*”.

Além disso, o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS n.º 014/2004) é categórico na mesma direção – “*Não haverá infração disciplinar em razão de dúvida ou suspeita, devendo a mesma ser apurada através do competente procedimento disciplinar e, comprovada, aplicada a sanção disciplinar adequada*” (§ 1º, art. 2, grifei).

Não se trata de mera formalidade, mas sim de assegurar ao apenado o devido processo legal na apuração do fato a ele imputado, com todas as garantias inerentes a um procedimento administrativo. É que além das conseqüências na esfera administrativa – sanção aplicada por meio de ato motivado do diretor da casa prisional (art. 54, da LEP) –, a homologação judicial pode acarretar importantes conseqüências na execução da pena – regressão de regime; reclassificação da conduta carcerária; entre outras.

Assim, não havendo PAD, não há como reconhecer a falta grave pretendida pelo Ministério Público, razão pela qual dispensável até mesmo a realização da audiência de justificação.

Com estas considerações, nega-se provimento ao agravo.

**DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: SONÁLI DA CRUZ ZLUHAN  
rpm

**EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. PROPORCIONALIDADE ENTRE SANÇÃO E CASTIGO. SANÇÃO NECESSÁRIA.**

– A pena de isolamento de dez dias para apenado que não se apresenta para pernoite, é a necessária.

Toda sanção deve ser proporcional à falta cometida, ou seja, a necessária.

– O sancionamento abstrato deve ser superado, em favor do cidadão, quando a concretude revela desproporção.

**Agravo ministerial improvido (unânime).**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70009958265

COMARCA DE CRUZ ALTA

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVANTE E

ANDRE LUIZ LEWES

AGRAVADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA.**

Porto Alegre, 24 de novembro de 2004.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

**RELATÓRIO**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Cuida-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público, atacando decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Cruz Alta que homologou o PAD, mas não regrediu o regime carcerário, nem decretou a perda dos dias remidos do apenado ANDRÉ LUIZ LEWES.

Sustenta o agravante, em suma, que a tolerância com as faltas graves acaba por favorecer a impunidade. Assevera que a prática de falta grave impõe a regressão de regime e a perda dos dias remidos, nos termos dos art. 118, I, e art. 127, ambos da LEP, respectivamente. Requer o provimento do agravo para que seja reconhecida a falta grave e regredido o regime carcerário do apenado, com a perda dos dias remidos.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 40), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. José Pedro M. Keunecke, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Não vinga o presente agravo. Eis as razões.

A fática assim pode ser resumida: o agravado não compareceu ao presídio para pernoite; elaborou-se PAD respectivo, onde foi sugerido rebaixamento da conduta para péssima e suspensão do benefício serviço externo; o Ministério Público ainda postulou a perda dos dias remidos – fls. 11 a 22.

A seguir veio decisão do ilustre colega singular que homologou o PAD e teve por adequada a sanção administrativa imposta: dez dias de isolamento. Ainda advertiu o apenado.

Veio, então, o presente recurso do Ministério Público: ambiciona perda de dias remidos, reconhecimento da falta grave e regressão de regime carcerário.

Entendo que bem andou o colega singular.

As sanções – todas elas, seja no processo de conhecimento, seja no de execução penal – até por mandamento constitucional, devem obedecer o princípio da proporcionalidade.

Ou seja, há ocorrer liame objetivo racional entre pena e castigo. É o princípio da humanidade que não admite sanção além da necessária, que não corresponda ao castigo.

Em outras palavras, as penas abstratas são um norte, um topos como diria Vieweg: o início da partida para a discussão. Jamais dogma.

Na espécie, a pena sofrida pelo cidadão apenado – isolamento de dez dias por falta a mero pernoite – está absolutamente proporcional.

Reprová-lo ainda mais é de todo desnecessário: toda a sanção deve ser a “necessária”, menos do que isso se admite, mais não!

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

**DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE)** - De acordo.

**DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA** - De acordo.

**DES. ARAMIS NASSIF** - Presidente - Agravo em Execução nº 70009958265, Comarca de Cruz Alta: "À UNANIMIDE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO."

Julgador(a) de 1º Grau: JERSON MOACIR GUBERT  
rpm

**EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE: FUGA. IMPRESCINDIBILIDADE DO PAD. PRESCRIÇÃO.**

– A Lei de Execução Penal, em seu art. 59, caput, prevê expressamente que após a prática de falta disciplinar (leia-se: grave, média e leve) “deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento” (grifei). Logo, a instauração do PAD é de rigor sempre que se verifica a ocorrência da falta disciplinar.

– Cada falta grave é independente e autônoma em relação a outra e, como tal, deve ser apreciada.

**À unanimidade, negaram provimento ao recurso.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70013757307

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVANTE E

LUCIANO CARDOSO DA ROSA

AGRAVADO.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (PRESIDENTE) E DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 08 de fevereiro de 2006.

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Cuida-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público, atacando decisão do MM. Juiz de Direito do 2º Juizado da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre, que, ao reconhecer a prescrição do PAD, deixou de regredir o regime carcerário do apenado **LUCIANO CARDOSO DA ROSA**.

Sustenta o agravante, em suma, que a prática de falta grave enseja a regressão de regime, nos termos do art. 118, I, e art. 50, II, ambos da LEP, e que o Ministério Público tem legitimidade para requerer a regressão do regime carcerário. Alega que, em audiência, foram apuradas as três fugas empreendidas pelo agravado e que não há obrigatoriedade de averiguação das faltas por meio de procedimento administrativo disciplinar. Assevera, outrossim, que não ocorreu a prescrição das faltas graves, conquanto a última recaptura ocorreu em 12/09/2004. Afirma, ainda, que as alegações do apenado não justificam a falta grave e que sua conduta indica irresponsabilidade frente ao sistema. Aduz, também, que a sanção disciplinar não elide a aplicação de sanções jurídicas. Refere que o Estado reiteradamente tem sido condenado a pagar indenizações por atos praticado por presos que permanecem nos regimes semi-aberto e aberto. Requer o provimento do agravo para que seja afastada a prescrição decretada e, conseqüentemente, regredido o regime carcerário para o fechado.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão em juízo de sustentação (fl. 91), vieram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, manifestou-se pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

**VOTOS**

**DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)**

Não vinga o recurso. O parecer do culto Procurador de Justiça, Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, por bem desatar a pendenga, vai transcrito como razão decisória:

*“De início, se impõe examinar a extensão da decisão hostilizada, pois, ao que se percebe, restringiu-se o magistrado de primeiro grau a não homologar o PAD referente à primeira fuga do apenado do estabelecimento prisional, que ocorreu em 13.08.2003, sendo recapturado em 16.08.2003, consoante documentos das fls. 16/17 e 26/35.*

*Não houve, ainda, decisão quanto às duas últimas fugas (30/10/03 a 13/05/04 e 11/09/04 a 12/09/04), muito embora a elas tenha se referido o Julgador para o cálculo da prescrição em relação à primeira fuga, até mesmo porque cada fuga caracteriza uma falta grave independente e autônoma em relação a outra e, como tal, deve ser apreciada.*

*Tanto é assim que a defesa técnica, em contra-razões, expressamente refere que “(...) apenas a falta disciplinar (fuga) de 16/08/03 foi a cancelada, estando o Juízo da Execução aguardando os demais Procedimentos Administrativos Disciplinares, referentes às outras duas faltas graves.” (sublinhei).*

*Sendo assim, embora equivocado o cálculo efetuado na decisão hostilizada, observa-se que, em relação à primeira falta grave, não há interesse recursal do Ministério Público.*

*E isso porque, mesmo acolhendo o argumento quanto ao prazo prescricional de 02 anos sustentado nas razões recursais, tal lapso temporal também já havia sido ultrapassado quando da interposição do agravo, em 02.09.2005, vez que a recaptura do apenado ocorreu em 16.08.2003.”*

Apenas ressalvo que a instauração do PAD é marco interruptivo do prazo prescricional, consoante previsto no art. 37, § 5º, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS Nº 014/2004). Ocorre que, mesmo considerando tal marco (02/10/2003, fl. 28), verifica-se a ocorrência da prescrição – lapso temporal superior a 01 ano entre esta data e a decisão.

Finalmente, a Lei de Execução Penal, em seu art. 59, *caput*, prevê expressamente que após a prática de falta disciplinar (leia-se: grave, média e leve)

“**deverá** ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento” (grifei).

Logo, a instauração do PAD é de rigor sempre que se verifica a ocorrência da falta disciplinar.

Com estas considerações, nega-se provimento ao recurso.

**DESA. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON** - De acordo.

**DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (PRESIDENTE)** - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDO FLORES CABRAL JÚNIOR  
rpm