

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO PENAL

Edson Tadashi Sumida*

Resumo

Este artigo faz uma breve reflexão da execução penal no Brasil, da transformação de uma atividade meramente administrativa para uma atividade complexa e as decorrentes conseqüências. Sucintamente, apresentamos a origem, a evolução e a adoção do devido processo legal, a sua inserção na execução penal e as limitações existentes no direito pátrio. Enfocam-se a aplicabilidade da garantia do devido processo legal e as conseqüências da jurisdicionalização da execução penal, como forma de efetivar os direitos fundamentais do cidadão encarcerado ou inimputável.

Palavras-chave: Execução Penal. Devido processo legal.

INTRODUÇÃO

Para o presente trabalho foi adotada a análise de conteúdo do argumento teórico, objetivando, através da doutrina do direito pátrio e do direito comparado, o entendimento da garantia do devido processo legal na execução penal.

Vale ressaltar que a Lei de Execução Penal entrou em vigor sob a égide da Constituição de 1967 e vigência do Código de Processo Penal de 1941, que naquele momento estava para ser reformada ou substituída. E com a manutenção desse Código, cujo texto não continha as

* Assessor da presidência da Agência Goiana do Sistema Prisional e mestrando em Ciências Penais pela UFG. *E-mail*: sumida@terra.com.br

inovações introduzidas pela Lei de Execução, torna-se necessário buscar o entendimento doutrinário sobre a matéria.

A execução penal no Brasil, somente com o advento da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passou a ter natureza jurisdicional e, por conseqüência, o cidadão condenado por uma sentença penal tornou-se sujeito de direitos e não objeto da relação jurídica. Essa transformação repercutiu na esfera jurídica, pois outrora, como procedimento meramente administrativo, o cidadão sentenciado era obrigado a se sujeitar às decisões judiciais criminais.

A “jurisdicionalização” da execução penal, em consonância com o escopo socializador que o legislador conferiu à sanção penal, atribuiu ao juiz da execução o poder de alterar, dentro dos limites da lei, o título executivo. Admitindo-se, portanto, um processo penal em duas fases, como afirma Gomes Filho (1987, p. 38):

[...] de conhecimento que se destina a verificar a existência do crime e a responsabilidade do acusado, culminando na sua condenação ou não, se condenado, com trânsito em julgado; inicia a de execução, quando se efetiva a sanção e busca a sua adequação aos resultados do tratamento penitenciário.

O legislador, entretanto, foi parcimonioso na disciplina processual da execução penal, preocupado em não se tornar repetitivo, pois, juntamente com o projeto da Lei de Execução Penal, tramitava no Congresso um projeto de Código de Processo Penal, cuja aprovação possibilitaria a entrada em vigor de vários diplomas legais relacionados à reforma penal.

A não-aprovação da referida norma processual penal tornou necessária a harmonização da disciplina processual da execução às normas do Código de Processo Penal vigente e aos princípios previstos na Constituição.

Sob os auspícios da Constituição Federal de 1967, em que não era previsto expressamente o princípio do devido processo legal e as garantias consagradas pelos parágrafos 15 e 16 do art. 153, que asseguravam somente aos “acusados” a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes e que “a instrução criminal” seria contraditória. Apenas uma interpretação exclusivamente gramatical desses textos constitucionais levaria à conclusão

sobre a impossibilidade de aplicação de tais princípios à execução penal, pois nessa fase não há “instrução criminal” e tampouco “acusado”.

O advento da Constituição Federal de 1988, através de seu art. 5º, LIV, que consagrou o princípio do devido processo legal, como afirma Lima (1999, p. 174), incorporando-o no sistema jurídico brasileiro e na forma prevista, estendeu ao processo de execução as garantias processuais ao determinar que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Embora o princípio do devido processo legal na execução penal tenha sido consagrado pela Constituição pátria vigente, a sua aplicação tem sido limitada com o não-estabelecimento dos procedimentos e dos prazos. Viola assim os direitos do condenado penal ou do submetido à medida de segurança, pois são submetidos ao alvedrio do juízo da execução.

A EXECUÇÃO PENAL

O estabelecimento do Estado de Direito de concepção liberal, na história da civilização, acentuou a importância dos direitos fundamentais do homem no plano constitucional. No entanto, na esfera da execução da pena privativa de liberdade, tal não ocorreu, permanecendo na esfera de irrelevância jurídica. Isto se deve à visão dualista entre Estado e sociedade e a uma concepção rígida de separação de poderes (RODRIGUES, 1999, p. 37 e segs.). Criou-se o conceito de relação especial de poder para justificar a situação peculiar do condenado com relação ao Estado, por consequência, restringiram-se outros direitos além de sua liberdade.

Para compreender essa contradição, Castilho (1988, p.24) cita Foucault (1987, p. 231), quando este afirma que a prisão no século XIX desenvolveu uma “ilegalidade fechada, separada e útil”. E que sua longevidade decorre basicamente de sua utilidade na reprodução de um sistema político e social e seu fracasso é meramente aparente”. Na realidade, o fracasso aparente do sistema penal servia ao controle político e social.

No Estado de Direito, na concepção social, tornou-se inadmissível a existência da irrelevância jurídica, bem como a conservação do conceito de relação especial de poder, na medida em que o campo da discricionariedade da Administração diminuiu e os direitos passaram a ser fundamentados por lei e pela Constituição.

O condenado, titular de direitos e deveres, tornou-se sujeito na relação com o Estado. Instalou-se o princípio da legalidade da execução penal, em que as regras relativas à execução das penas e medidas de segurança fossem previstas e o poder discricionário restrito e exercido nos limites estabelecidos. Exigiu-se também que os direitos e deveres, as faltas e sanções disciplinares e as restrições de direitos fossem previamente estabelecidos de forma taxativa.

A finalidade da execução deve ser explicitada em lei para orientar os intérpretes e aplicadores. É dessa concepção se originou a jurisdicionalização da execução, ao prever-se a intervenção judicial através de procedimento que assegura as garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, a defesa técnica, o duplo grau de jurisdição.

Em muitos países, como Argentina, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Panamá, Uruguai, Itália e Espanha, a execução penal recebeu tratamento constitucional ante a constatação do manifesto conflito entre o Estado e o indivíduo, o que exigiu soluções políticas de compromisso de respeito aos direitos humanos, em recomendação da ONU, através das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Assim, às normas constitucionais sobre a humanização das penas foram acrescentadas outras, que dispõem a adaptação social como finalidade da execução penal.

No Brasil, a finalidade da execução penal não alçou nível constitucional. A Constituição de 1967 previu o respeito à integridade física e moral (art. 153, § 14). O princípio da dignidade humana, como aduz Castilho (1988, p. 26), seria, em tese, suficiente para informar e conformar toda a execução penal, pois nenhuma finalidade poderia ser emprestada à execução que implicasse desrespeito ao ser humano. Entretanto, a prática demonstrou que a enunciação desse princípio era insuficiente diante da diversidade de conceitos, de posições filosóficas, da capacidade de compreensão dos agentes do Poder Público.

A Constituição vigente ampliou significativamente os direitos do privado de liberdade: além do respeito à integridade física e moral (art. 5, XLIX), previu o cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); a individualização da pena (art. 5º, XLVI); as penas não aplicáveis (art. 5º, XLVII); o devido processo legal (art. 5º, LIV) e outros.

Outrossim, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, criada sob a vigência da Constituição de 1967, estabeleceu a finalidade da execução

da pena e adotou o sistema progressivo do seu cumprimento. Atribuiu ao juiz da execução intervenção judicial durante a execução da pena, visando à socialização do condenado e do interno de medida de segurança.

Diante dessas inovações, a doutrina passou a definir a execução penal, pela sua função, em três ramificações distintas: na vinculação da sanção e do direito subjetivo estatal de castigar, é um direito penal substancial; como título executivo, adentra no direito processual penal e, no que se refere à atividade executiva, entra no direito administrativo. Ressalta que as providências de vigilância e os incidentes de execução constituem atividades jurisdicionais, como preceitua Mirabete (2000, p. 17), ao citar Leone (1961, p. 472), idéia confirmada por Grinover (1987, p. 5).

Portanto, é uma atividade complexa, por dispor matéria que envolve o direito penal, o direito processual penal e o direito da execução penal. Como se observa na Exposição de Motivos, item 12, da Lei de Execução Penal, o legislador pátrio adotou o direito da execução penal como novo ramo jurídico. O art. 1º da referida lei dispõe que a execução penal tem por objetivo “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, deixando de se restringir ao direito voltado à execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, passando a tratar, também, sobre as medidas assistenciais, curativas e de reabilitação do condenado. E como tal, é inviável confinar na Lei de Execução Penal todas as situações jurídicas decorrentes das relações estabelecidas na execução penal. Suas normas são encontradas na Constituição Federal, no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Nesse contexto, a aplicabilidade dos princípios constitucionais processuais, em especial os referentes ao direito processual penal na execução penal, torna incontestes a sua natureza jurisdicional.

Conclui-se que, no curso da execução penal, a qualquer momento, poderão ocorrer “fenômenos processuais”, que são

os incidentes da execução (*sursis* e livramento condicional), o excesso ou desvio de execução, as modificações da pena privativa de liberdade, a unificação de penas, a reabilitação, a cessação antecipada das medidas de segurança, a conversão da pena pecuniária em pena privativa de liberdade, a revogação do *sursis* ou do livramento condicional, etc. (GOMES FILHO, 1987, p. 28)

Assim definidos, oportunamente, pelas Súmulas 42 e 43, das Mesas de Processo Penal,¹ citadas por Grinover (1987, p. 9), quando o juiz da execução, no exercício da função jurisdicional, é autorizado, pela natureza da sentença, a realizar por equidade a modificação objetiva, sempre que houver mutação nas circunstâncias fáticas. Essa adequação pode ser realizada de ofício, a pedido do membro do Ministério Público, ou do sentenciado em cumprimento de *decisione criminale* (sentença criminal condenatória ou absolutória imprópria). E essa decisão poderá ser revista em grau de recurso, através do agravo.

A relevância da jurisdicalização da execução penal consiste em garantir o exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição, dentre eles, o direito ao devido processo legal.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da *Magna Charta*, outorgada por João Sem Terra, em 1215, a seus barões ingleses. Inicialmente conhecida como *Law of the land*, nasceu para impor limites ao poder real. Atos posteriores, impostos pelos barões, ampliaram essa limitação, levando à submissão do rei ao Parlamento; assim, ela proporcionou a crença de que era capaz de oferecer a proteção adequada aos direitos do homem.

Em decorrência da expansão dos domínios ingleses na América do Norte, houve um novo ajuste nesse entendimento. Os colonos norte-americanos perceberam que o legislador, *per se*, não oferecia proteção ao homem nos seus aspectos fundamentais. Assim, ocorreu a constitucionalização dos direitos fundamentais do homem, dentre os quais o *due process of law*, inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Essa garantia, com o decorrer do tempo, passou a integrar os textos das constituições européias (italiana, portuguesa, espanhola, alemã e belga). Foi também adotada pela Constituição brasileira vigente.

Inicialmente predominou uma visão individualista do devido processo legal, destinada a resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Essa orientação teve seu apogeu na primeira metade do século XX e parte da segunda.

A preponderância da ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal são garantias, não direitos das partes e do justo processo, é acentuada por Grinover (1990, p. 2), no estudo sobre jurisdição, em que examina as garantias da defesa e do contraditório como seus fatores legitimantes, que se relacionam, também, com a igualdade e a paridade de condições.

Aduz Fernandes (2002, p. 44) que o

passo importante dado para alargar o universo das garantias do devido processo consistiu na introdução nas Constituições, em acréscimo às garantias explícitas de regra genérica, destinadas a assegurar a garantia do devido processo legal, posta como uma garantia inominada.

Alguns doutrinadores, como Bulos (2002, p. 238), denominam o devido processo legal como um sobreprincípio, pois constitui o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam. E neste sentido seria o gênero que abrange outras espécies de princípios.

O devido processo legal, como garantia outorgada pela Constituição para efetivação de um direito à jurisdição, tornou imperiosa a elaboração regular e correta da lei, de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais; a aplicação judicial da lei, através de instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade, para assegurar no processo a paridade de armas entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à determinação de igualdade substancial (TUCCI, 1982, p. 15-16).

E nesse plano está o devido processo penal, abrangendo as mesmas garantias de outros processos.

não há como prover a iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o processo legitimamente instruído e regularmente desenvolvido reclama, ao revés, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e a plena contraditoriedade entre as partes. (TUCCI, 1989, p. 15)

Citando Giuseppe Tarzia, continua Tucci:

[...] um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condições de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias. (TUCCI, 1989, p. 15)

A garantia do devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir a sua finalidade resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social. É uma garantia, como conclui o prof. Tucci (1993, p. 64), que busca

a consecução dos direitos fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado em procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num prazo razoável.

Estes doutrinadores entendem que o devido processo penal se consubstancia nas seguintes garantias: de acesso à Justiça Penal; do juiz natural em matéria penal; de tratamento paritário dos sujeitos do processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; da publicidade dos atos processuais penais; da motivação dos atos decisórios penais; da fixação de prazo razoável de duração do processo penal e da legalidade da execução penal.

CONCLUSÃO

A consagração do princípio do devido processo legal pela Constituição de 1988 (art. 5º. LIV), incorporando-o expressamente no sistema jurídico brasileiro e na forma prevista, estabeleceu os seus limites.

Inovando, em relação às Constituições anteriores, fazendo referência expressa, deu dupla proteção ao indivíduo, atuando no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, bem como no âmbito formal, ao assegurar

paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2002, p. 360)

Outrossim, a Lei de Execução Penal alterou substancialmente a execução da pena, considerando-a uma atividade complexa. No seu aspecto jurisdicional, embora os procedimentos não tenham sido expressos devido à não-aprovação do projeto de reforma do Código de Processo Penal, que foi elaborado conjuntamente à referida lei, com o advento da Constituição vigente, *mister se faz reconhecer a aplicabilidade dessa garantia à execução penal.*

A jurisdicionalização da atividade da execução penal visa garantir a paridade de condições e a plenitude de defesa ao condenado e ao interno de medida de segurança, pois dessa forma proporcionará a consecução do objetivo primordial da Lei de Execução Penal, que, através do efetivo cumprimento da sentença ou decisão criminal, propiciará condições para a harmônica integração social do condenado e do interno.

A simples ameaça ao processo de integração social do condenado e do interno, caracterizada por qualquer violação ao devido processo legal, autoriza o uso de instrumentos constitucionais que garantam restituir ao cidadão encarcerado o *status quo ante*.

ABSTRACT

A brief reflection of penalty execution in Brazil, the changing of a merely administrative activity into a complex one and its consequences. In summary, origin, evolution and adoption of due process of law are presented, and so are its insertion in penalty execution and native law limitation. Due process of law right applicability and the consequences of penalty execution jurisdictionality as a way of guaranteeing imprisoned citizen's fundamental rights.

KEY WORDS: Penalty execution. Due process of law.

NOTA

- 1 Atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em sessão realizada em 08.11.1983.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 25. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A defesa do condenado na execução penal. *Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord). *Execução Penal – Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

_____. As garantias constitucionais do processo. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentis Melado. Buenos Aires, 1961.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

A *Revista da Faculdade de Direito da UFG* publica artigos de professores e pesquisadores, nacionais e estrangeiros, relacionados com a área de Direito, em seus diversos aspectos.

Os trabalhos, com, no máximo, 20 laudas, deverão ser enviados ao Conselho Editorial da *Revista da Faculdade de Direito*, em disquete, acompanhados de uma cópia impressa. Aconselha-se seguir as normas especificadas abaixo:

a) o texto deverá ser digitado no programa *Word*, na versão *Windows*, em papel A-4, em espaço de 1,5 nas entrelinhas, em fonte New Times Roman, corpo 12.

b) os originais recebidos serão submetidos à aprovação do Conselho Editorial da revista, que poderá aprová-los ou sugerir alterações;

c) todos os trabalhos deverão ser encaminhados com folha de rosto, contendo o título do artigo, nome completo dos autores, com sua titulação principal, local de realização do trabalho e endereço para correspondência, incluindo endereço eletrônico;

d) as citações deverão ser apresentadas de acordo com o sistema autor-data (sobrenome do autor, seguido da data de publicação do trabalho e de página de onde a citação foi retirada). Citações com menos de três linhas serão inseridas no texto entre aspas; com mais de três linhas serão apresentadas em parágrafo recuado.

Exemplos:

De acordo com Capella (1999, p. 34), “a teorização e discussão...”.

Nessa época, porém, começaram a se diversificar os estilos arquitetônicos das prisões, conforme a segurança contra a fuga, as possibilidades de movimentação dos presos, dentro delas, o trabalho em oficinas e atividades de trabalho e de lazer ao ar livre. (MIOTTO, 1992, p. 61)

e) anexos serão incluídos somente quando imprescindíveis ao texto;

f) as referências dos trabalhos citados no texto deverão estar ordenadas alfabeticamente pelo sobrenome do autor, de acordo com a NBR6023/2002 da ABNT;

g) o artigo deverá obedecer à seguinte ordem: título do trabalho; nome(s) completo(s) do(s) autor(es) seguido(s) de asterisco remetendo à nota de identificação no rodapé da página (titulação acadêmica e funcional); resumo com até oito linhas, redigido em português; palavras-chave (três); título em inglês, abstract e key words (três); parte introdutória, não numerada, corpo do trabalho com desenvolvimento livre, conclusões e referências (somente dos trabalhos efetivamente citados no texto).

Revista da Faculdade de Direito da UFG
Programa de Mestrado em Direito/UFG
Praça Universitária, s/ nº - Setor Universitário
Caixa Postal 131
74605-220 – Goiânia – Goiás – Brasil
Telefone: (0xx62) 209-6020
E-mail: mestrado@direito.br