

A EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO¹

Geraldo Prado

Com razão Yadira Calvo lembra, ao tratar da discriminação sexual em todos os níveis, que se supõe “*que Deus escreve certo por linhas tortas; porém não os seres humanos, que quando torcem as linhas o fazem porque têm torcidas também as intenções*”².

Assim é em termos de Direito e da mesma maneira quando tratamos de Democracia, principalmente na América Latina e de modo mais específico no Brasil.

Muito embora tenha parecido a muitos que a promulgação da Constituição, em 1988, haja representado o ponto culminante da transição para a democracia, os reflexos de um ordem jurídica democrática não são visíveis para além dos contornos meramente formais da Democracia procedimental. Por ordem democrática real, é preciso desde logo fixar, entendemos algo mais que a simples conexão de procedimentos entre elementos dispostos a assegurar a participação popular, livre e direta, na eleição dos representantes no Congresso e no Executivo. Em companhia de **Lola Aniyar** preferimos optar por um conceito substancial, em virtude do qual a existência de **três pilares básicos** é imprescindível para condensar o verdadeiro significado do termo: “*que o poder seja ascendente, isto é, que vá das camadas populares, para cima; que seja utilitário, pois que responda a interesses generalizáveis; que tenha capacidade para conter os abusos de poder*”³.

De concreto, a implementação de uma democracia com essas características é um projeto dinâmico e sempre não totalmente realizável, porque pressupõe um nível de igualdade social, econômica e jurídica que não corresponde à nossa realidade e, o que é mais grave, a um futuro que sequer hoje a maioria dos brasileiros aspira.

Da *democracia aparente ao processo penal democrático aparente* o passo não é largo e costuma ser dado sem dificuldade, infelizmente, por conta do mesmo tipo de cultura que embarga os esforços de redução da criminosa distorção na distribuição de rendas, prêmios e castigos em nossa sociedade.

No campo do processo penal de conhecimento, mais visível e interessante para a própria dramaturgia do Estado Espetáculo, várias garantias são dispostas pelo direito para aqueles que têm condições de acesso a melhores recursos jurídi-

¹ Trabalho elaborado para publicação na Revista Jurídica da Faculdade de Direito Iguazu – UNIG – e na Revista Jurídica do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, que serviu de base para a palestra com o mesmo título, proferida no **VI Simpósio Nacional - Direito Penal e Processual Penal - “Novas Idéias - Novos Rumos”**, em 30 de abril de 1999, no Hotel Glória, Rio de Janeiro, pelo Instituto de Direito. Texto publicado, na íntegra, no livro *Sistema Acusatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2ª edição, 2001.

² CALVO, Yadira. *Las Líneas Torcidas del Derecho*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1996, p. 5.

³ ANIYAR, Lolita. *Democracia y Justicia Penal*, Caracas, Congreso de la República, 1992, p. 7.

cos, e também, em grau variável, para todos os demais acusados. Assim, exige-se que um juiz imparcial aprecie a demanda do acusador, em um ambiente filtrado pelo contraditório, que só é possível graças à ampla defesa assegurada pela direta participação do acusado no processo e pela intervenção de Defensor profissional. As provas valoradas ao final devem ter sido obtidas de forma lícita e o julgamento há de ser, normalmente, público, fundamentando-se a decisão.

Cumprida a trajetória do processo de conhecimento, resta, para os definitivamente condenados, *expiar a culpa*, termo religioso que bem demonstra o sentido que a aplicação da sanção e a execução penal ainda têm.

No momento inicial da execução penal vislumbra-se claramente a distorção do primeiro eixo deste tipo de processo. Antes de ser um árbitro imparcial de um conflito entre partes – Ministério Público e condenado – por uma dessas situações peculiares à ideologia com projeção no mundo jurídico, o juiz deve tomar e manter a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório. Do ponto de vista subjetivo verifica-se o fenômeno da transferência para o magistrado da execução das responsabilidades geradas pela suposta expectativa social, de que o condenado seja efetivamente castigado.

A teoria crítica, tão importante na década passada por evidenciar as incoerências do discurso jurídico, desmoralizando a tese de que a prisão é eficaz método de reintegração social do condenado, acaba de certa forma manipulada pelos defensores de uma vivência social autoritária, conservadora e discriminatória, que dela recolhem somente um retalho para justificar a retribuição pela retribuição, porque possivelmente, dizem, nada mais é possível fazer pela socialização!

Perde-se o contato com o sentido de humanidade que deve guiar toda ação estatal opressiva pela própria natureza e se substitui tal exigência de humanidade pela expectativa de que o juiz fará o condenado perceber de maneira indiscutível a gravidade da conduta que o levou a ser punido e, portanto, a ser afastado real ou simbolicamente, mediante a prisão ou substitutivos penais, da comunidade dos seres humanos saudáveis!

Tendo por alicerce demandas sociais dessa qualidade é que um juiz, na execução, é chamado a cumprir o seu papel, em flagrante contraste com as exigências constitucionais de uma jurisdição imparcial e voltada à implementação de medidas de justiça social. É justamente por força dessa distorção que a posição do juiz no processo de execução tem de ser repensada em bases mais democráticas, simultaneamente com a convicção na eficácia dos procedimentos jurídicos para conter os abusos.

A falência factual do propósito de ressocialização da sanção penal, denunciada pela teoria crítica, se não pode levar, contemporaneamente, à abolição da intervenção punitiva institucionalizada, como a conhecemos, importa em duas conclusões que dimensionam a intervenção do juiz na execução da pena: cabe a ele compreender, sem que seja necessária uma profunda reflexão crítica, que a integração social dos condenados, qualquer que tenha sido a sanção eleita, é uma via de mão dupla, exigindo adaptações tanto da parte de quem sofre a pena como da sociedade e do Estado, este devedor de tantos serviços sociais elementares para diminuir a pobreza; além disso, do condenado não se pode exigir mais do que o

que a sentença impõe e tudo o que se deve exigir dele há de estar condicionado pelo fim de humanizar as relações sociais presentes e futuras.

Em um quadro com tais notas, o juiz funciona atento para eliminar os abusos durante este processo e pronto para resolver as controvérsias sobre a execução do julgado, seus limites e possibilidades, e a respeito da tutela dos inúmeros interesses jurídicos do condenado.

Colocar o juiz no ponto central do procedimento de execução penal acarreta, como conseqüência inevitável, levar o Ministério Público para a extremidade da relação, como permanente parte autora da execução, em todos os seus momentos, como acontece em Portugal, enquanto o condenado passa a ter, obrigatoriamente, presença decisiva na definição do curso da sua vida, durante a execução da pena, influenciando, pessoalmente e por seu Defensor, na conformação da convicção judicial⁴.

É possível a partir daí começar a desenhar um modelo de procedimento em contraditório na execução, que, na visão de **Elio Fazzalari**, mencionado por Antônio Magalhães Gomes Filho, pode ser identificado pela:

“simetria das posições subjetivas, a sua mútua implicação e a substancial paridade” que se traduzem **“para cada um dos participantes, na possibilidade de dialogar não episodicamente, mas sobretudo de exercitar um conjunto de controles, reações e escolhas.”**⁵

É verdade que isso não basta e que se alcançássemos a excelência do procedimento contraditório na execução, ainda assim a vida e as perspectivas do condenado sofreriam somente pequena alteração.

A nosso juízo a arquitetura ideal da execução está ligado a reformulações na prática e na cultura da execução penal. Na prática porque, como salientava Marcuse, se a teoria trabalha com o universo estabelecido do discurso, que é aquele de um mundo não livre, o pensamento dialético, que na essência nada mais significa que diálogo com a razão, é sempre destrutivo e qualquer libertação que ele possa trazer é libertação em pensamento, em teoria. Porém o desencontro entre pensamento e ação, teoria e prática é, ele mesmo, sublinhava o filósofo, parte de um mundo não livre, de sorte que nenhum pensamento e nenhuma teoria podem desfazer-lo. É necessário atuar incisivamente sobre a realidade, guiando-se pela teoria, se o propósito é transformar para melhor, visando alcançar um modo de tratamento da pessoa condenada mais de acordo com a pauta de valores éticos difundida no meio social. Nesta perspectiva Wolfgang Leo Maar⁶ adverte que *os*

⁴ Gomes Filho salienta, com razão, que a “defesa do condenado no processo de execução penal não se confunde, pois, simplesmente, com a eventual oposição às pretensões dos órgãos estatais incumbidos de promover o cumprimento das penas impostas, mas se caracteriza, antes de tudo, como um conjunto de garantias através das quais o sentenciado tem a possibilidade de influir positivamente no convencimento do juiz da execução, sempre que se apresente uma oportunidade de alteração da quantidade ou da forma da sanção punitiva” – Antônio Magalhães Gomes Filho. *A Defesa do Condenado na Execução Penal*, in: *Execução Penal*, coord. Ada Pellegrini Grinover., São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 41.

⁵ *Idem*.

⁶ Introdução a Marcuse: *Em busca de uma ética materialista*, in *Herbert Marcuse: Cultura e Sociedade*, São Paulo, Paz e Terra, 1997.

problemas éticos demandam soluções práticas. A postulação de uma nova *praxis* importa em modificar a cultura da e na execução penal, alterar o sentido do patrimônio simbólico dos modos padronizados de pensar e de saber que se manifestam, expressamente, através da conduta social de todos os principais atores.

Compreende-se melhor o desafio à vista da seguinte hipótese, certamente bem real: mesmo que o processo de execução esteja sendo regularmente impulsionado pelo Ministério Público, à diferença do que ocorre hoje, e no seu desenvolvimento normal a Defesa postulasse, para ilustrar, tutela jurídica consistente na aplicação da lei penal posterior benéfica, que prevê substitutivos à prisão (Lei n. 9.714/98), a um caso de condenação de traficante de drogas a três anos de reclusão, pena mínima, uma solução fora de parâmetros puramente ideológicos, com raciocínio do tipo o tráfico de drogas é um crime grave e, portanto, seus autores a **priori** não *merecem* a substituição, não seria de se esperar.

Vamos buscar um exemplo menos polêmico:

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

O episódio de um único dia de Caio na prisão poderá determinar uma virada decisiva e negativa na continuidade da vida do condenado, eliminando aquilo que ainda é a insulada e frágil garantia da sociedade no retorno dele ao convívio social amplo: sua esperança.

Enfrentando a questão no Rio de Janeiro, o juiz Marco Aurélio Belizze, em decisão fundada na equidade, reconheceu o excesso imprevisto para o legislador (*excesso culposo*, provavelmente) e, aplicando por analogia as condições do indulto, encontrou solução razoável, que não importou em sacrifício inconstitucional da posição jurídica do condenado, limitando a perda dos dias trabalhados aos doze últimos meses, parâmetro inspirado nos decretos de indulto⁷. Hipoteticamente, de três anos de reclusão, o saque em conta de um condenado pode atingir quatro meses!

A solução equilibrada e justa só se tornou possível porque o juiz soube, inspirado na constitucional proibição do excesso, mediar o conflito entre partes opostas, e atender a interpretação legal mais condizente com os direitos fundamentais, premissa básica da democracia.

Isso não tira, todavia, o caráter excepcional da decisão. A seguir prestigia-dos autores, como Mirabete⁸, os juízes decretam a revogação da remição, que termina por alcançar a totalidade do tempo trabalhado e atingir o condenado, punin-

⁷ Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro – processo n.º 90/02843-2, decisão de 10 de julho de 1998.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 1992, p. 319.

do-o hoje com o sacrifício de tanto tempo empenhado muito antes de viver o problema que resultou na *falta grave*.

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

Hassemer chama a isso de compreensão cênica, cujo objetivo consiste em, reconhecendo-se as peculiaridades da comunicação humana que não está limitada a palavras, e menos ainda a palavras escritas, que o juiz interpreta na hora de julgar como se estivesse interpretando um texto escrito, uma obra literária qualquer, fornecer as condições de comunicação próximas ao ideal⁹. O sentido dos gestos, tom de voz, a força de argumentos que um defensor pouco hábil desconsidera e, principalmente, a possibilidade do condenado sentir-se confiante para revelar ao juiz, diretamente, as experiências mais arbitrárias que possa estar sofrendo, tudo isso demonstra que a forma primeira do procedimento de execução deve ser a oral, ao contrário do que está preconizado no artigo 196 da lei de execução. Hoje o procedimento na execução penal é tudo, menos predominantemente oral.

O Projeto de Lei n.º 2.687-96, em tramitação no Congresso, prevê a modificação dos artigos 195 a 197 da LEP e introduz o procedimento oral e a audiência como regra. É limitado quanto à possibilidade das partes provarem, o que deve ser melhorado, contudo avança ao incorporar a audiência, que tende a reduzir as distâncias entre o juiz e o condenado, seu jurisdicionado na execução.

Um procedimento oral, no qual, ainda conforme Hassemer, o juiz desça do seu pedestal e encare as partes como pessoas portadoras de direitos e deveres, ônus e faculdades, e que esteja inserido em um contexto de distribuição rigorosa das funções na execução, entre juiz, Ministério Público e condenado, assistido por Defensor, pode oferecer soluções equânimes, justas, para situações diferenciadas no transcurso do processo, em virtude das quais mesmo ao condenado por tráfico não se negue, sistematicamente e sem motivação jurídica, quando for o caso, a substituição da prisão por outra medida.

A oralidade envolverá aí, por outro lado, cuidados especiais com o emprego da *tecnologia* no procedimento de execução. Enquanto é incontestável que a era da informática e da telemática pode oferecer vantagens indiscutíveis, em termos de controle do tempo de duração das penas e medidas e da celeridade na produção dos atos jurídicos necessários, um dos pressupostos elementares do proces-

⁹ □□ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984

□ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas Mãos de Alice*, São Paulo, Cortez, 1995, p. 67

□ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anotações sobre aspectos Processuais da Lei de Execuções Penais*, in: Execução Penal, coord. Ada Pellegrini Grinover., São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 15.

so oral está em permitir o contato direto entre o juiz e a parte, contato que não deve ser mediado por sofisticados recursos de transmissão de voz e imagem, distanciando fisicamente os protagonistas do processo e deixando um deles, aquele mais necessitado da segurança que o contato direto proporciona, isolado em ambientes que lhe podem ser hostis.

A cultura pós-moderna implicada em determinadas atitudes, louváveis sob inúmeros aspectos, porque visam agilizar e melhorar a prestação jurisdicional, tem de se render à realidade instrumental da tecnologia. Ela não vale por si, como o processo igualmente não é um fim em si mesmo! A tecnologia é importante pelos resultados que a sua aplicação prática proporciona, de modo que, se estes resultados não atendem aos objetivos de propiciar uma adequada tutela jurídica, devem justificar o abandono, ainda que provisório, do recurso mais sofisticado. No caso, o contato pessoal, na velha conhecida audiência, se causa transtornos de locomoção, segurança etc. é um aparente atraso que, em termos de processo jurisdicional, humaniza e, neste sentido, acaba sendo um *atraso progressista*, algo como “**de volta para o futuro**”. Seguindo este caminho creio que não necessitaremos temer pela advertência de Boaventura de Sousa Santos, de que “*um dia teremos pateticamente de inventar, sempre com atraso, o que já tivemos quando éramos atrasados*¹⁰”.

Às vantagens da audiência devemos somar a conveniência, no caso de presos, tendo em vista a sempre alegada dificuldade de transporte e segurança, do ato realizar-se nas unidades prisionais. Um dos pontos mais sensíveis e de mais delicada solução jurídica está relacionado aos desvios e excessos de execução.

Quantas vezes o indivíduo devia estar cumprindo pena em regime semi-aberto ou aberto e, apesar da penitenciária ter essa qualificação, na prática o sistema é fechado. Quantas vezes a única progressão se dá exclusivamente de sistemas mais fechados para outros apenas menos fechados! Pior, todos sabemos que o artigo 88 da LEP, que trata das mínimas condições físicas dos cárceres, é sistematicamente desrespeitado pelos governos estaduais. São excessos na execução das penas, conforme a tipologia desenhada no artigo 185 da LEP, que o juiz poderá perceber **in loco**, reforçando o seu dever de fiscalizar ao mesmo tempo em que o jurisdicionado tem certeza, porque está em audiência com o juiz, no próprio ambiente carcerário, que o magistrado haverá de leva-los em consideração na hora de decidir sobre os pleitos deduzidos. Se as partes tradicionalmente têm o direito de serem ouvidas pelo juiz – é dito que têm direito ao seu dia na corte – o juiz passa a ter o direito ao seu dia na prisão: *one day in jail*.

Para os presos a configuração procedimental com essas características, aproximando o juiz da realidade de vida do condenado, é benéfica, se houver a pretensão de convencê-los da justiça intrínseca da ordem jurídica.

No plano processual, algumas conseqüências podem ser desde logo percebidas:

□ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas Mãos de Alice*, São Paulo, Cortez, 1995, p. 67

□ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anotações sobre aspectos Processuais da Lei de Execuções Penais*, in: Execução Penal, coord. Ada Pellegrini Grinover., São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 15.

- a) quanto ao excesso de execução, além da providência jurídica óbvia de eliminação da medida excessiva ou desviada – por exemplo, transferindo-se o preso para unidade compatível com as exigências da fase de execução – caberá imaginar a viabilidade de pretensões jurídicas que não se restrinjam à indenização preceituada no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição da República, mas que, aplicando o princípio da proporcionalidade, importem na compensação quantitativa de sanção pela violência qualitativa constatada. Verdadeira e jurídica redução da pena. De lembrar que se outro preso, condenado ao mesmo tempo de reclusão em regime idêntico, vai sofrer uma limitação da sua liberdade na mesma porção de tempo a ser suportada por este, em visível excesso, há quebra do princípio constitucional da *isonomia*, que o Poder Judiciário não pode deixar de coibir;
- b) **quanto aos adolescentes**, rompe-se muitas vezes a ideologia do senso comum, que pode inspirar alguns juízes, levando-os a crer na eficácia da internação como *medida estacionária da situação de conflito*. Muitas vezes o caráter banal da internação está fundamentado na crença em uma *eficácia corretiva* dela, absolutamente distante da realidade, como demonstra a criminologia. O juiz ao ter contato direto com o cárcere e com o adolescente em cumprimento de medida em condições concretas, estará melhor instruído para pesar o que realmente pretende internando o jovem e não se deixará iludir pela denominação comum de “Escolas” ou “Educandários” que muitas destas unidades ostentam.

Muitas outras questões mereceriam ser enfocadas, mas a limitação de tempo permite tão-só citá-las, para orientar a meditação dos interessados: o cabimento da execução penal provisória, idealizada tendo em vista interesses reais do condenado; a possibilidade jurídica do Ministério Público recorrer a favor do processado, durante a execução; o não cabimento do mandado de segurança para impedir a imediata execução de decisão favorável ao condenado; o procedimento do recurso de agravo (semelhante na execução penal ao do recurso em sentido estrito); o caráter jurisdicional pleno da execução, para englobar a questão das faltas graves e suas conseqüências; a impossibilidade da regressão de regime cautelar (objeto de recente decisão do Des. Valmir da Silva, do Rio de Janeiro); e, finalmente, o debate sobre se o preso tem direito a não progredir de regime (por conveniência, segurança ou conforto, por exemplo).

A teoria jurídica pode e deve fornecer os elementos indispensáveis à construção de um processo de execução penal mais humanizado e comprometido com os fins da sanção, reformulando em linhas gerais o atual. Já se disse que, embora disponha de duzentos e quatro artigos, a lei de execuções penais dedica apenas dezoito ao processo, demonstrando em linhas gerais, como há muito salientou Ada Grinover, “*uma certa falta de atenção da lei para com as garantias processuais das partes e da jurisdição*”¹¹.

□ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anotações sobre aspectos Processuais da Lei de Execuções Penais*, in: Execução Penal, coord. Ada Pellegrini Grinover., São Paulo, Max Limonad, 1985, p. 15.

Temos certeza que a elaboração de um novo processo de execução, no entanto, não é suficiente para remodelar as relações sociais penetradas pelo problema do crime.

A democracia no processo penal de execução, preconizada no início, a ser alcançada, em síntese, por intermédio do reforço à estrutura caracteristicamente de acusação, com distribuição rigorosa de funções, e levando em conta no futuro um procedimento oral, ainda que repercute na mentalidade dos operadores jurídicos de modo a torná-los protagonistas em um enredo de respeito aos direitos fundamentais, é só um dos caminhos em direção ao contexto democrático mencionado por Lola Aniyar.

A democracia substancial, que é o nosso postulado, acaba algo parecida com a utopia e, como tal, novamente nas palavras de Boaventura de Souza Santos, está a indicar os caminhos a seguir muito embora apenas vislumbre nas sombras de um futuro incerto o lugar de chegada. *Semicega a utopia democrática*, diria Boaventura, enxerga o processo de execução penal carente de mudanças, mas reclama também a democratização do sistema penal como um todo e a humanização do controle social hoje extraordinariamente brutal. É preciso e urgente redimensionar o papel das classes populares em todo o percurso ideal deste sistema. E o fim ou destino desta utopia, gostaríamos que fosse a emancipação dos grupos carentes da sociedade. **Se é semicega a utopia democrática, quem sabe não é também semividente e nos indique, ao final, como ponto de chegada e repouso da emancipação uma sociedade justa, livre e fraterna. Uma sociedade verdadeiramente socialista.**

Geraldo Prado

Juiz de Direito da 37^a Vara Criminal do Rio de Janeiro

Mestre em Direito e doutorando

Membro do Instituto Carioca de Criminologia, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do grupo brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)

Professor de Garantias Constitucionais do Processo Penal nos cursos de Mestrado em Direito das Universidades Estácio de Sá e Cândido Mendes

Conferencista da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ