

*Práticas inquisitivas na Execução Penal (ou, do 'aprisionamento' do juiz pelos laudos criminológicos: uma abordagem garantista)**

Salo de Carvalho**

Sumário: § 1º. Breve introdução ao tema; § 2º. Discurso jurisdicional e práticas administrativas; § 3º. Os exames criminológicos; § 4º. Os exames criminológicos: crítica garantista; § 5º. Da assunção do caráter jurisdicional dos incidentes e do dever ético de o juiz motivar suas decisões em sede de execução penal (perspectiva de *lege lata*); § 6º. Do necessário (re)exame das funções da Comissões Criminológica, da 'anemia significativa' dos laudos e da crítica às decisões baseadas exclusivamente em perícias clínicas e sociais (perspectiva de *lege lata*); § 7º. Da reforma do Código de Processo Penal e da necessidade urgente de recodificação da execução da pena (perspectiva de *lege ferenda*); Referências bibliográficas.

§ 1º. Breve introdução ao tema. Concordamos com Ferrajoli quando afirma que a história das penas tornou-se, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade que a própria história dos delitos, porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, impulsiva e, em alguns casos, obrigatória, a violência da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Em conseqüência, “*contrariamente à idéia fantasiosa de Defesa Social, não é exagerado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu para o gênero humano um custo de sangue, de vidas e de humilhações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos*”¹.

Presente que o sistema de execução da pena privativa de liberdade no Brasil configura uma das maiores violações aos direitos humanos no mundo contemporâneo, representando modelo de selvageria gótica na resposta ao desvio punível, o escopo do

* Para Gabriela Koetz da Fonseca e para os membros do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul.

** Advogado e Presidente do Conselho Penitenciário do RS. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Professor de Direito Penal e Criminologia nos Mestrados da UNISINOS (RS) e PUC (RS). Autor dos livros *A Política Criminal de drogas no Brasil* (2ª ed. RJ: LUAM, 1997), *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil* (RJ: Lumen Juris, 2001) e, em co-autoria com Amilton Bueno de Carvalho, *Aplicação da Pena e garantismo* (RJ: Lumen Juris, 2000).

¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, p. 382.

presente artigo é levantar algumas questões sobre a pena e sua execução, tendo como pano de fundo a estrutura teórica do garantismo jurídico-penal.

Entretanto, apesar de empiricamente nossa realidade carcerária estar vinculada a modelo de sofrimento do corpo, demonstrando realidade pouco panóptica, o discurso que perpassa as práticas dos órgão de execução é notoriamente disciplinar. Assim, podemos concluir que está configurado um modelo punitivo que funde o suplício do corpo e o adestramento da alma, obtendo, como efeito, a total inviabilização dos direitos e das garantias fundamentais dos condenados.

A metáfora empregada por Marcos Rolim é esclarecedora:

“Se os presídios podem ser equiparados ao labirinto da mitologia grega, onde o Rei Minos recebia, anualmente, seu tributo de sangue, poderíamos afirmar que o Estado cumpre aqui a função da terrível criatura – metade homem, metade touro. Primeiro, assegura que os presos experimentem o cárcere como privação absoluta. Amontoados como restos em corredores úmidos e fedorentos, os presos, em regra, experimentam a pena em galerias; onde estão, às vezes, mais de uma centena deles. Entenda-se: o regime prisional efetivo no Brasil – absolutamente ilegal – é o da prisão coletiva onde estão todos os tipos de delinquentes separados não pela gravidade dos crimes pelos quais foram condenados, mas, normalmente, pelos laços de pertencimento, fidelidade, ou submissão a grupos organizados no mundo do crime, na medida da rivalidade entre eles. Depois de trancafiá-los assim, expondo os mais frágeis a todo o tipo de violência física ou sexual, o Estado encarrega-se de submeter-lhes a uma noção de disciplina totalmente heterônoma procurando alcançar um controle interno equivalente à conduta de corpos dóceis. Incentiva, então, procedimento como a delação e oferece tratamento privilegiado aos internos que revelarem-se ‘úteis’ ao objetivo de alcançar a dominação sobre o conjunto da massa carcerária”².

§ 2º. Discurso jurisdicional e práticas administrativas. As reformas das codificações penais ocidentais da década de oitenta foram orientadas pelo movimento da Nova Defesa Social, que consagrou a ressocialização do condenado como principal objetivo da pena. Do preconizado 'humanismo', o movimento adquiriu caráter transnacional, universalizando seus princípios e finalidades.

O novo modelo penal integrado, proposto em meados do século por Marc Ancel, instrumentaliza a reforma legislativa brasileira de 1984, tentando uma

² ROLIM, *O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne: os encarcerados e a cidadania, além do mito*, p. 44/5.

política global de ‘prevenção do crime e tratamento do delinqüente’. Tal concepção é presente no corpo da parte geral do Código Penal, fundamentalmente na aplicação da pena, e na estrutura da Lei de Execução Penal (LEP).

A determinação do objeto e aplicação da LEP (art. 1º), os modelos de classificação e observação dos condenados (arts. 5º a 10 e arts. 96 a 98), o sistema de sanções e recompensas disciplinares (arts. 53 a 56), o modelo de progressão de regime (art. 112), as concessões de saída temporária (art. 120 a 125), o livramento condicional (art. 131 a 146) e a substituição da pena no curso da execução (art. 180), corroboram a afirmação da *adoção ideológica do paradigma disciplinar do tratamento*.

Tal modelo é concretizado em dois postulados: (1º) avaliação da personalidade do condenado, desde uma matriz criminológico-administrativa psiquiatrizada (neo-lombrosiana), e (2º) análise do comportamento do preso, a partir uma estrutura meritocrática de averiguação de faltas disciplinares. Nosso estudo é restrito à primeira perspectiva.

Mister ressaltar, desde já, que *todos* os incidentes da execução da pena, que em tese apresentam caráter eminentemente jurisdicional, ficam submetidos a esta estrutura. Assim, por exemplo, para o condenado gozar do direito ao livramento condicional (art. 83 do Código Penal), necessita, além do preenchimento de requisitos objetivos como o cumprimento de determinado *quantum* da pena, receber diagnóstico favorável do corpo clínico-criminológico e não ter praticado falta grave.

Desta forma, do momento da aplicação ao término da execução da pena, passando pelo prazo de cinco anos até a exclusão total dos efeitos da reincidência, os juízos e prognósticos realizados por juizes e técnicos administrativos (criminólogos) versam sobre a interioridade da pessoa presa. Se na cominação da pena tais juízos conformam um *second code*³, na execução serão o principal código interpretativo.

Embora encontremos afirmações doutrinárias que proíbem os aparatos administrativos e judiciais de avaliações sobre a ‘alma’ do condenado, constatamos que no próprio corpo legislativo tal premissa fora totalmente desrespeitada, visto terem sido introduzidos formalmente requisitos subjetivistas para o julgamento dos ‘benefícios’ ao sujeito alienado ao sistema penal.

³ Sobre o efeito da análise da personalidade do réu na aplicação da pena (*second code*), conferir BISSOLI Fo., *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal* e CARVALHO & CARVALHO, *Aplicação da pena e garantismo*.

Assim, apesar da LEP ter optado pelo primado da jurisdição sobre as práticas administrativas, fundamentalmente na avaliação dos incidentes da execução, a especialização da criminologia, com a competência administrativa para constatação técnica (científica) da personalidade do condenado, obteve, como consequência, a desjudicialização das decisões.

O modelo jurisdicional, eleito pelo legislador de 1984, defronta-se, pois, com uma teia de procedimentos que aprisionam a decisão do juiz, gerando, em realidade, prática substancialista regida pelo primado da constatação da periculosidade do apenado. Em virtude do redimensionamento científico da criminologia psiquiátrica, a opção normativa pelo máximo de jurisdicionalização dos ritos ficou prejudicada, atribuindo à decisão judicial sobre o provimento dos 'benefícios' legais do preso necessário vínculo aos laudos técnicos das comissões legalmente instituídas.

O papel delegado a esta criminologia clínica foi magnificamente percebido por Foucault. Ao responder indagação sobre o porquê de sua crítica à criminologia ser tão rude, o autor afirma que os textos criminológicos “*não têm pé nem cabeça (...). Tem-se a impressão – prossegue – de que o discurso da criminologia possui uma tal utilidade, de que é tão fortemente exigido e tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo necessidade de se justificar teoricamente, ou mesmo simplesmente ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário*”⁴.

A utilidade que refere o pensador é permitir ao juiz o julgamento, dando-lhes um ‘boa-consciência’.

*“A partir do momento em que se suprime a idéia de vingança, que outrora era atributo do soberano, lesado em sua soberania pelo crime, a punição só pode ter significação numa tecnologia de reforma. E os juízes, eles mesmos, sem saber e sem se dar conta, passaram, pouco a pouco, de um veredito que tinha ainda conotações punitivas, a um veredito que não podem justificar em seu próprio vocabulário, a não ser na condição de que seja transformador do indivíduo. Mas os instrumentos que lhes foram dados, a pena de morte, outrora o campo de trabalhos forçados, atualmente a reclusão ou a detenção, sabe-se muito bem que não transformam. Daí a necessidade de passar a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão”*⁵.

⁴ FOUCAULT, *Sobre a prisão*, p. 138.

⁵ FOUCAULT, *op. cit.*, p. 139.

Nota-se, pois, que desde a reforma do sistema penal/penitenciário, o juiz não decide mais, apenas 'homologa' laudos técnicos, visto ser informado por um conjunto de microdecisões (micropoderes) que 'sustentarão' cientificamente seu ato. Perdida no emaranhado burocrático, o ato decisional torna-se impessoal e inverificável, sendo inominável o sujeito prolator.

“O juiz de nossos dias – magistrado ou jurado – faz outra coisa, bem diferente de ‘julgar’. Ele não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juizes paralelos se multiplicam em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos e psicólogos, magistrados da aplicação da pena, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só têm o direito de fazer executar a pena fixada pelo tribunal, e principalmente que outros – os peritos – não intervêm antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juizes”⁶.

Com tal constatação, indica profunda diafonia entre o discurso oficial da LEP (jurisdicional) e as funções reais normativamente impostas (administrativas). Difícil perceber, então, neste modelo, preponderância da jurisdição sobre a administração, como freqüentemente divulgado pela dogmática nacional.

§ 3º. Os exames criminológicos. Os prognósticos e exames clínicos realizados no curso da execução penal têm como parâmetro juízos sobre a personalidade, a conduta social, os antecedentes e o comportamento carcerário do apenado.

Diferentemente do que ocorre na aplicação da pena, em que o juiz utiliza, excetuando o comportamento carcerário que ainda não ocorreu, os mesmos critérios para cominar o *quantum* sancionatório, os pareceres na execução (laudos e exames criminológicos) são emitidos por um corpo técnico (profissionalizado).

Desde o momento do ingresso do condenado na instituição penitenciária, uma série de avaliações são impostas como forma de individualização executiva da sanção. As Comissões Técnicas de Classificação (CTC), por exemplo, devem obter o

⁶ FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 24.

efetivo diagnóstico e prescrever a devida medida profilática ao preso. Assim, segundo disposto em Lei, deve confrontar dados reveladores da personalidade do sujeito.

Não obstante o trabalho da CTC, outro órgão administrativo-criminológico auxilia nas tarefas designadas pelos juizes: o Centro de Observação Criminológica (COC), que, localizado de forma autônoma, realiza a perícia criminológica. Assim, enquanto aquele atua no local do cumprimento da pena, como observatório do cotidiano do apenado, este tem por função realizar perícias (criminológicas) para auxiliar o trabalho da CTC e dos organismos judiciários.

É o que esclarece o psicólogo Alvin August de Sá, ao discutir a natureza dos exames e as formas de prognose:

“O parecer da CTC deveria voltar-se eminentemente para a execução, para a terapêutica penal e seu aproveitamento por parte do sentenciado. Já o exame criminológico é peça pericial, analisa o binômio delito-delinqüente e o foco central para o qual devem convergir todas as avaliações é a motivação criminal, a dinâmica criminal, isto é, o conjunto dos fatores que nos ajudam a compreender a origem e desenvolvimento da conduta criminal do examinado. Ao se estabelecerem as relações compreensivas entre essa conduta e esses fatores, se estará fazendo um diagnóstico criminológico. Na discussão, devem ser sopesados todos os elementos desse diagnóstico e contrabalanceados como os dados referentes à evolução terapêutico-penal, de forma a se convergir o trabalho para um prognóstico criminológico, do qual resultará a conclusão final”⁷.

O trabalho realizado pelas CTC's e COC's capacita os técnicos a propor ou opinar, às autoridades competentes, sobre a viabilidade das progressões e regressões de regime, conversões de penas, livramento condicional, saídas temporárias, trabalho externo *et coetera*.

Atividade não menos importante do corpo administrativo-criminológico é a realização dos *prognósticos de não-delinqüência*, requisito subjetivo presente no ordenamento penal brasileiro para concessão do livramento condicional ao condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Segundo o Código Penal, no caso descrito, a concessão do livramento ficará subordinada à *constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir*.

⁷ SÁ, *Equipe criminológica: convergências e divergências*, p. 43 (grifamos).

O exame pericial visto como idôneo pela doutrina (e admitido jurisprudencialmente) para verificar a possibilidade futura de determinado indivíduo cometer delito é o de cessação de periculosidade⁸ - exame aplicado ao inimputável sujeito à medida de segurança (art. 175, LEP). Caso contrário, o juízo “*será de todo hipotético, na ausência da perícia*”⁹.

§ 4.º. Os exames criminológicos: crítica garantista. Uma das possibilidades de diferenciar os modelos processuais inquisitoriais dos garantistas é no que diz respeito à *existência de possibilidades de concreta refutação das hipóteses probatórias*.

Se entendemos que as avaliações sobre a personalidade na aplicação da pena são extremamente autoritárias (inquisitivas) e indemonstráveis (irrefutáveis) processualmente¹⁰, visto estabelecerem juízos sobre a interioridade do agente, os diagnósticos, exames e prognósticos previstos pela LEP não poderão ser conceituados de outra forma.

Especificamente quanto ao prognóstico de não-delinquência, importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito ‘probabilidades’, o que por si só

⁸ Nesse sentido ver, por exemplo, Damásio de Jesús que afirma: “*tratando-se de condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento fica subordinada, além dos requisitos da art. 83, à constatação, mediante perícias, de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. Assim, exige-se perícia de cessação da periculosidade*” (JESÚS, *Direito Penal*, p. 545) (grifamos).

A jurisprudência também se confirma nesse sentido. Vejamos:

“*A verificação dos requisitos inseridos no art. 83 e seus incisos, impondo-se também a realização da perícia, para verificar a superação das condições e circunstâncias que levaram o condenado a delinquir, consoante o conteúdo do parágrafo único do mesmo dispositivo, e ressalva, ainda, que a norma, destinada ao sentenciado por crime violento, caracteriza exigência necessária diante da extinção da medida de segurança para os inimputáveis*” (TARS – HC 285039624 – Rel. Talai Djalma Selistre).

“*Embora alcançado o requisito temporal para obtenção de livramento sob condição, sem embargo de manifestação favorável do diretor do presídio é de se confirmar a denegação da mercê quando exames psicológicos e psiquiátricos lastreiam conclusão do Conselho Penitenciário estribado, outrossim, em previsão de possível reincidência*” (TACRIM-SP – AE – Rel. Gonzaga Franceschini – RJD 2/22 – 2º trim./89).

⁹ COSTA Jr., *Direito Penal: curso completo*, p. 206.

Nesse sentido também caminha a jurisprudência:

“*A verificação das condições pessoais e subjetivas do sentenciado não se faz só e necessariamente por exame similar ao antigo exame de verificação de cessação de periculosidade. Por outros meios, inclusive sem qualquer tipo de verificação pericial, pode concluir-se de tal ausência de perigosidade na devolução do sentenciado à comunidade*” (TJRS – RA – Rel. Gilberto Niederauer Corrêa – RTJE 36/364).

¹⁰ Neste sentido, conferir CARVALHO & CARVALHO, op. cit., p. 46/53.

em nada poderia justificar a negação de direitos públicos subjetivos visto serem *hipóteses inverificáveis empiricamente*.

Já dissemos que o sistema penalógico adotado pelo legislador brasileiro 'psiquiatrizava' a decisão do juiz da execução, delegando a motivação do ato decisório a julgamentos de opções e condições de vida do imputado realizados por perícia substancialista. Tal fato rompe com a premissa básica da modernidade jurídico-penal: **o princípio da secularização**.

Fundamental notarmos que um dos mais perversos modelos de controle social é aquele que funde o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regride aos modelos positivistas da criminologia etiológica, (con)fundindo direito e natureza. Entretanto, o sonho positivista de medição da periculosidade encontra guarida nesse sistema. Retomando conceitos lombrosianos como *propensão ao delito*, *causas da delinqüência* e *personalidade voltada para o crime*, o discurso oficial se reproduz desde o interior do modelo, condicionando a decisão do magistrado ao exame clínico-criminológico¹¹. Não podemos olvidar, à guisa de ilustração, os termos técnicos, amplamente utilizados na prática criminológica, que orientam a homologação judicial: 'personalidade imatura e infantil', 'delinqüência ocasional', 'delinqüência caracteriológica', 'mesocriminoso preponderante', 'prospecção de futuro', 'atenção normovigil e normotenaz', 'orientação auto e alopsíquica', 'linguagem normolálica', 'afeto normomodulado' *et coetera*.

Assim, apesar de a cognição processual ser sustentada sob premissas acusatórias e de um direito penal do fato, *todo processo de execução das penas e os procedimentos que requerem avaliação pericial são balizados por juízos medicalizados sobre a personalidade*, conformando um modelo de direito penal do autor e um modelo criminológico etiológico refutado pelo sistema constitucional de garantias estruturado na inviolabilidade da intimidade, no respeito à vida privada e à liberdade de consciência e de opção.

Ferrajoli afirma que estes modelos correcionalistas de 'reeducação' – “*qualquer coisa que se entenda com esta palavra*¹²(...)” – acabam se tornando uma aflição aditiva à pena privativa de liberdade e, sobretudo, prática profundamente

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni sustenta que o ideal de medir a periculosidade é uma das pretensões mais ambiciosas desta criminologia etiológica individual equivocada. O 'periculosômetro', como ironiza o mestre portenho, cientificamente chamado de prognósticos estatísticos, consiste em estudar uma quantidade mais ou menos numerosa de reincidentes e quantificar suas causas (ZAFFARONI, *Criminología: aproximación desde un margen*, p. 244).

antiliberal. “*Esta comporta – prossegue o autor – uma diminuição da liberdade interior do detento, que viola o primeiro princípio do liberalismo: o direito de cada um ser e permanecer ele mesmo, e portanto, a negação ao Estado de indagar sobre a personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente através de medidas de premiação ou de punição por aquilo que ele é e não por aquilo que ele fez*”¹³.

No mesmo sentido anota Cândido Furtado Maia Neto: “*nos regimes democráticos não se admite o direito penal do autor – exame de personalidade, classificação et coetera. A prioridade é o direito penal do ato, somente este é legítimo por se coadunar com o regime do Estado de Direito*”¹⁴.

§ 5º. Da assunção do caráter jurisdicional dos incidentes e do dever ético de o juiz motivar suas decisões em sede de execução penal (perspectiva de *lege lata*). Partimos do pressuposto que a inquisitorialidade do processo de execução penal estabelece uma relação perversa na qual os direitos e garantias do apenado acabam se tornando reféns dos discursos clínico-criminológico e administrativo-disciplinar.

Desta forma, impossível ao jurista crítico continuar repetindo a falácia de que a responsabilidade sobre o sistema de execução penal advém, tão-somente, da incapacidade de o Estado-administração cumprir os mandamentos da LEP (fundamentalmente no que tange à infra-estrutura). Tal perspectiva é válida apenas no que diz respeito à qualidade de vida do apenado.

Chamamos atenção que os direitos do condenado vão muito além dessa proclamada ‘qualidade de vida doméstica’. É próprio do *status* de apenado uma série de direitos e garantias processuais que permitem a diminuição do período de encarceramento. Estes direitos primários (v.g. remição, progressão de regime, substituição de pena, detração, livramento condicional, comutação, indulto *et coetera*), exclusivos da condição de preso, integram paritariamente (talvez em grau superior) os direitos sociais proclamados na Lei.

A efetividade destes direitos, porém, só será plena se houver postura comissiva do jurista na busca de instrumentalidade processual garantista. Para tanto,

¹² FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene*, p. 46.

¹³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴ MAIA NETO, *Direitos Humanos do preso*, p. 49.

imprescindível demonstrar que o processo de execução, muito longe de possuir capacidade de tutela dos direitos dos apenados, não possui instrumentalidade adequada em decorrência de sua subordinação à estrutura do direito penitenciário, avaliada aqui a partir dos efeitos do modelo clínico-criminológico.

Portanto, um dos primeiros passos na construção de modelo de execução que respeite os direitos fundamentais é encarar os incidentes como manifestação processual de caráter essencialmente jurisdicional. Desde esta perspectiva (e somente desta), é que poderemos capilarizar os princípios, postulados e a sistematicidade do processo penal acusatório à execução penal, começando pela premissa básica da fundamentação dos atos decisórios.

Avaliação criteriosa dos Processo de Execução Penal, ao menos no Rio Grande do Sul, poderia chegar a uma conclusão dramática: *a maioria das decisões proferidas em sede executiva são nulas por falta de fundamentação*¹⁵. Invariavelmente são negados direitos aos encarcerados ofendendo flagrantemente o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais há de ser entendida como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito¹⁶. Para tanto, o ato decisório deve ter como pressuposto não somente a forma, mas, sobretudo, a substância. A motivação, deste ponto de vista, deve ser completa, sem contradições, sem omissões e com argumentação lógica sustentável.

A constatação das práticas judiciais cotidianas na seara executiva nos leva a advogar, por mais óbvio que possa parecer, que repetir argumentos de laudos criminológicos para negar direitos públicos subjetivos não é fundamentar a decisão. Não basta levantar uma hipótese categórica sem a plena demonstração processual, sob pena de o *decisum* estar completamente dissociado dos mandamentos constitucional e legal.

A propósito, importante perceber o valor que se deve dar à fundamentação, nos casos de determinação de prisão e, também, por consequência, de manutenção de alguém na instituição carcerária. Permitimo-nos, pois, transcrever lúcido acórdão da 5ª Câmara do TJRS:

¹⁵ Importante dizer que tal afirmação é consequência direta da atividade cotidiana do autor na presidência do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul.

¹⁶ CANOTILHO & MOREIRA, *Constituição da república portuguesa anotada*, p. 798-9.

"Habeas Corpus. Determinar a prisão de alguém é ato da maior responsabilidade social a exigir séria fundamentação, com os apontamentos de dados objetivos justificadores. Pena de totalitarismo judicante. Ordem concedida". (Habeas Corpus no. 699126983 - TJRS - Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

Conforme se observa, eivada de nulidade qualquer decisão que não respeite o princípio elementar da fundamentação dos atos, visto que a norma constitucional não estabelece regra meramente procedimental.

Desta maneira, importante ao jurista estabelecer rígido controle das decisões baseadas em laudos criminológicos, bem como dos laudos mesmos, pois, invariavelmente, não apresentam conteúdo suficiente para obstar direitos, seja formal, seja substancialmente.

§ 6.º. Do necessário (re)exame das funções da Comissões Criminológica, da 'anemia significativa' dos laudos e da crítica às decisões baseadas exclusivamente em perícias clínicas e sociais (perspectiva de *lege lata*). A nulidade formal dos laudos e/ou pareceres criminológicos é verificada, em sua grande maioria, pela ausência de integrantes na composição mínima estatuída pela LEP que, em seu art. 7.º, determina, por exemplo, que a CTC existente em cada estabelecimento, presidida pelo Diretor, será composta de, *no mínimo*, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. Logo, a ausência de qualquer dos membros vicia o ato.

No entanto, as nulidades não se restringem apenas à forma, mas, sobretudo, ao conteúdo.

Tomemos com exemplo paradigmático as conclusões do seguinte laudo criminológico emitido pela Equipe de Observação Criminológica da 5ª Delegacia Penitenciária Regional do Rio Grande do Sul, em pedido de progressão de regime. O laudo é dividido em 08 itens: (a) identificação; (b) situação jurídica. (c) objetivos do exame; (d) dados relevantes da história pessoal; (e) avaliação social; (f) avaliação clínica; (g) considerações diagnósticas e prognósticas; e (h) conclusão.

Centralizaremos nossa análise em 03 pontos específicos: (a) a avaliação social, (b) avaliação clínica e (c) diagnóstico e prognóstico. Importante ter o leitor em mente que a primeira avaliação (social), é realizada por profissional da área do serviço

social cuja função é relatar o caso e concluir sobre a possibilidade de gozo do direito. Na avaliação clínica o procedimento é idêntico (relatório e conclusão), sendo realizada, porém, por profissionais da psicologia e/ou psiquiatria. Nas fases descritas, há conclusão pessoal do encarregado e, posteriormente, na fase diagnóstica e prognóstica, conclui-se em colegiado.

Quanto aos aspectos sociais, refere o laudo:

"O periciado demonstra estar adaptado ao sistema prisional. Sua vida familiar está sofrendo alterações, visto que sua esposa, embora o visite regularmente, refere que não mais deseja viver maritalmente com JFS.

Isto posto, opinamos que JFS deve permanecer por mais algum tempo no atual regime, para que possa assimilar e aceitar a idéia da separação conjugal" (Laudo da EOC no. 800, Processo de Execução Penal no. 33718933, Comarca de Pelotas/RS, 06 de agosto de 1999, fls. 73 - g.n.-).

No que tange à avaliação clínica, assinala o psicólogo responsável:

"O periciado compareceu à entrevista com boa apresentação, denotando cuidados com a aparência pessoal. Discorre sobre sua história de vida com disponibilidade, porém sem transmitir credibilidade. Seu relato é evasivo e frio, embora procure durante toda a entrevista fazer-se de sofredor e vítima e, ao mesmo tempo, tenta minimizar sua culpa.

Ao exame das funções egóicas mostrou-se atento, lúcido, sem referir a/ou demonstrar alterações lógicas na sensopercepção, memória, orientação e linguagem. O pensamento é lógico, agregado, e sem apresentar indícios de juízo crítico no conteúdo. Afeto hipomodulado, embora procure convencer a entrevistadora de que '...choro muito às veis...' (sic). No momento JFS apresenta conduta sem intercorrências, mas ressalte-se que é reincidente, impulsivo e agressivo. Iniciou o cumprimento da pena de 06 anos e 03 meses em 28.05.98.

A companheira de JFS, em entrevista a esta EOC, mostra-se preocupada e amedrontada, e inclusive afirma '...já o denunciei para o Dr. O...' (sic), o que pode ser comprovado às fls. 30 dos autos do PEC do apenado. A companheira relata ainda que rompeu o relacionamento com JFS, mas que ele recusa sua decisão. Ela, embora assustada, continua a visitá-lo, apenas para levar-lhe os filhos, uma menina de 07 anos e um menino de 03 anos de idade. Contrariando a afirmação de JFS, a casa em que reside foi-lhe emprestada por sua mãe, que não quer que ele retorne para lá quando sair do presídio, que gostaria que ele entendesse a realidade da situação e, além do mais, a 'ex-companheira' está tentando reconstituir sua vida familiar e afetiva, ainda que na fase inicial" (Laudo da EOC no. 800, op. cit., fls. 73/4).

Do exposto, concluem que *"os elementos elencados nesta avaliação sugerem tratar-se de indivíduo cujos traços predominantes de personalidade são de natureza anti-social, com intersecção do uso abusivo de drogas. Pela avaliação realizada até o momento, somos contrários à concessão de qualquer benefício pleiteado por JFS"*. Assim, *"os peritos da 5ª DPR concluem que JFS apresenta, no momento, condições pessoais que contra-indicam a concessão de progressão de regime"* (ib. ibidem, fls. 74/5).

Mister ressaltar que o Ministério Público manifestou-se contra a progressão de regime com base exclusiva no laudo transcrito, apesar de presentes os demais requisitos legais - *"presentes os requisitos legais, promovo, não obstante isso, amparado no contexto do laudo retro, pela denegação da progressão de regime buscada pelo apenado"* (ib. ibidem., fls. 76). E, como tende acontecer, assim se manifestou o magistrado em suas razões de decidir: *"ante os termos do laudo da EOC, evidencia-se que o apenado não apresenta condições para o deferimento da progressão de regime"* (ib. ibidem., fls. 77). Chamamos atenção que sequer foi dado vistas ao advogado ou defensor para manifestação sobre o laudo.

Nota-se, do exposto, a veracidade da tese foucaultiana. O juiz de nossos tempos, em sede de execução, faz algo muito diferente de julgar, relega seu poder soberano aos técnicos do sistema.

Partindo do pressuposto garantista de que (a) *nenhuma hipótese levantada nos autos pode ser inverificável empiricamente e irrefutável processualmente*, sob pena de violação do princípio do contraditório, e de que (b) *nenhum juízo baseado em prognoses futuras pode impedir direitos*, face à imperatividade do princípio da presunção de inocência instrumentalizador processual do modelo penal de garantias; entendemos a impossibilidade de diagnósticos criminológicos estruturados sob a noção periculosistas (personalidade anti-social) imperar na avaliação dos incidentes da execução.

O critério pericial utilizado pelo corpo de avaliação criminológica para concessão dos direitos pleiteados é, invariavelmente, a presença ou não, nos candidatos, de transtornos anti-sociais de personalidade (TASP).

Segundo o Relatório Azul, documento anual da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, *"os dados oficiais referidos demonstram que dos 2.060 laudos apresentados, entre CTC e COC, relativos aos estabelecimentos penais no interior do Estado, 905 foram desfavoráveis"*

ao benefício solicitado. Nos estabelecimentos cuja jurisdição é da Comarca de Porto Alegre, ou seja, PCPA, PEJ, PEC, PASC e Penitenciária Feminina (estabelecimentos referidos no documentos enviado pela Susepe), dos 1.288 laudos apresentados, 937 foram desfavoráveis. Fica evidente que os critérios utilizados são especialmente rigorosos e, via de regra, contra as pretensões de benefícios”¹⁷.

Das informações colhidas pela Comissão – forma, composição, objetivos, procedimentos e metodologia aplicada –, os exames seguem a orientação clínica de diagnosticar no interno requerente a presença ou não de sintomas anti-sociais (TASP). O diagnóstico de TASP indicaria o grau de periculosidade do interno, permitindo ao juiz estabelecer os critérios para decisão desde uma projeção da reincidência.

O sujeito ‘portador’ de transtorno anti-social de personalidade, conforme a literatura psiquiátrica e o conteúdos dos laudos emitidos, não é um semi-imputável (art. 26 do CP), ou seja, não está sujeito à medida de segurança. Apresenta desorganização anômala da personalidade indicando **periculosidade** e **risco de reincidência**. Sujeitos à pena, visto ser contra-indicada a internação psiquiátrica, decorrem, normalmente, dos diagnósticos, orientação de cumprimento integral da sanção em regime fechado¹⁸.

Contudo, elogios são merecidos ao trabalho crítico da jurisprudência gaúcha ao negar a medicalização da execução, desconstruindo os laudos elaborados desde a matriz etiológica. Transcreveremos abaixo duas decisões contrárias às perícias e pareceres de COC e CTC, baseadas nos pareceres do Procurador de Justiça Lênio Streck:

“AGRAVO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. LAUDOS COC E CTC. PARECERES TÉCNICOS QUE SE MOSTRAM INSUFICIENTES PARA CONTRA-INDICAREM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. A inexistência de motivos claramente impeditivos da concessão da progressão de regime prisional deve ser entendida como existência de mérito para os fins de se o deferir. Agravo provido.

A simples alegação do indivíduo ser portador de TASP reveste-se de uma vaguidade e ambigüidade. As palavras não refletem a essência das coisas designadas. Todo discurso – e o da ciência não escapa dessa problemática – passa por um processo de produção do sentido, como muito bem assinala Eliseu Verón. A clareza de um conceito não advém de seu conteúdo intrínseco, mas do consenso de opiniões que existe em torno do sentido produzido” (TARS – Agravo de Execução no. 296027980 – Rel. Alfredo Foester).

¹⁷ COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS (AL/RS), *Relatório Azul – 1997*, p. 201.

¹⁸ ZIYADE, *Do discurso à práxis: uma visão crítica da psiquiatria forense*, p. 192

No mesmo sentido:

“No mérito, é possível, a toda evidência, desconfiar do laudo acostado aos autos. Basta que se examinem as suas contradições, que advêm até mesmo de sua singeleza (...).

A conclusão do laudo, entretanto, segue a trilha daquilo que tenho denominado ‘discurso-tipo’. Ou seja, de forma simplista, conclui que o apenado sofre de transtorno anti-social de personalidade (TASP), sem ao menos definir o que seja TASP (...).

Trata-se, enfim, de conclusão apressada acerca do perfil do agravante. O laudo não convence, pois. Aliás, se o apenado, em face de seu bom comportamento e atividade laboral, continua, mesmo passados tantos anos, a ter um perfil perigoso para a sociedade, não é temerário afirmar que o Estado está faltando redondamente no seu tratamento. Neste sentido, no mínimo o laudo deveria discutir essas questões, apontando, sobretudo, novos rumos propiciadores da necessária ressocialização. Ou isto, ou que se assuma que a pena tem caráter meramente retributivo-vingativo. Neste ponto, o aparelho judicial deve tirar as máscaras que encobrem o sistema prisional, sem fazer simulacros (no sentido de que fala Umberto Eco)” (TJRS – Agravo em Execução no. 70000202687 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho – j. em 11 de outubro de 1999) (grifos no original).

Note-se que o problema não está radicado na questão formal da idoneidade ou não dos métodos empregados, pois advogamos, mesmo fosse possível comprovar 'tendências à delinquência" (tese que descartamos de imediato desde a matriz criminológica do paradigma da reação social), tais argumentos seriam ilegítimos e inidôneos para obstar direitos, tudo em nome do princípio da inviolabilidade da vida privada e da livre manifestação do pensamento.

A moderna secularização do direito penal impôs rígidos limites à ingerência estatal na esfera do consciência. Os desejos, vontades e perversões não podem ser objeto de punição, sequer de valoração, por parte dos órgãos públicos. A propósito, Schopenhauer sustentará de forma coerente que o Estado não pode impedir ninguém de nutrir, por exemplo, um constante propósito de homicídio ou de envenenamento¹⁹. Ao Estado, o que interessará é o fato correspondente à lei. As intenções e vontades não serão consideradas senão como explicativas da natureza e do significado do fato ilícito, pois qualquer pessoa tem o direito de ser e continuar sendo o que é, independentemente do valor moral que se lhe empregue.

Ensina Ferrajoli que, no campo do direito penal, a separação entre direito e moral (princípio da secularização) formula um sentido prescritivo verificado em três

princípios distintos referentes ao delito, ao processo e à pena. Quanto ao **delito**, implica que o direito penal não tem a missão de impor ou de reforçar determinada moral, mas apenas de impedir condutas danosas para terceiros - “o Estado, em suma, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança impedindo que se lesem uns aos outros”²⁰. Quanto ao **processo**, o caráter normativo da secularização exige que o juízo não verse sobre a personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que são, por outra parte, empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa - o juiz “(...) não deve submeter à indagação a alma do imputado, nem deve emitir veredictos morais sobre sua pessoa, mas apenas investigar seus comportamentos proibidos. E um cidadão pode ser julgado, antes de ser castigado, apenas por aquilo que fez, e não, como no juízo moral, também por aquilo que é”²¹. Por derradeiro, no que diz respeito à justificação da pena e à sua execução, salienta que o princípio implica que a sanção penal não deve ter conteúdos nem fins morais - “do mesmo modo que nem a previsão legal nem a aplicação judicial da pena devem servir para sancionar ou determinar a imoralidade, não deve tampouco tender sua execução à transformação moral do condenado”²².

Neste sentido, entendemos correta algumas posições de vanguarda do TJRS que nos permitimos, novamente, transcrever no acórdão infra:

"Vindo a destempo o agravo, é possível deferimento de benefício – vislumbrada ilegalidade – em habeas de ofício.

O risco de reincidência é sempre presente porque o Estado não cumpre promessa de ressocialização.

A vida exemplar carcerária está acima de burocráticos laudos de C.T.C e E.O.C.

Benefício concedido" (TJRS - Agravo em Execução no. 70001830439, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

Posto isto, tendo como inadmissível a negação de qualquer direito público subjetivo com base em avaliações de personalidade, resta indagar: qual a função dos técnicos do sistema?

¹⁹ Apud FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, p. 485.

²⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 207.

²¹ Ib. ibdem., p. 208.

²² Ib. ibdem., p. 208.

Segundo a LEP, as Comissões e Centros de Observação têm, por função, o dever de estabelecer anamneses e prognósticos visando a reinserção social do apenado. Parece-nos, pois, que a atividade do técnico não é direcionada exclusivamente à confecção de laudos criminológicos. O trabalho a ser realizado é o de propor ao condenado um programa de gradual reinserção social.

Desta forma, o labor realizado não é o de fornecer elementos para o juiz decidir, pelo contrário, suas conclusões devem ser direcionadas aos próprios técnicos em sua função de realizar a tarefa prevista. No caso citado, por exemplo, incompreensível diagnosticar tendência ao alcoolismo e problemas familiares e ter como conclusão seu trabalho prescrevendo a necessidade de permanência no sistema prisional - diga-se de passagem: brutal incoerência! Realizada a constatação, deve(ria) o técnico, juntamente com o apenado, colocar em prática o processo terapêutico de resolução do problema, ou seja, ajudá-lo e não estigmatizá-lo.

Certo, no entanto, que qualquer tipo de tratamento pressupõe a voluntariedade do sujeito, sob pena de violação dos princípios acima explicitados sob o prisma da secularização. A imposição da ressocialização pelo Estado ao indivíduo, não obstante ferir as mais básicas premissas de qualquer tipo de tratamento porquanto deve ser *sempre* voluntário, somente ocorre se o encarcerado for percebido como objeto subordinado à execução, entregue ao laboratório criminológico disciplinar do cárcere. Desde uma visão garantista (jurisdicionalizada) inconcebível obrigar o sujeito a qualquer tipo de medicina, pois preserva seu direito de ser e continuar sendo quem deseja, dado a sua capacidade de autodeterminação (livre arbítrio).

Notáveis as palavras de Anabela Miranda Rodrigues: “o ‘tratamento’, quer seja realizado em liberdade, quer em caso de sua privação, é sempre um direito do indivíduo e não um dever que lhe possa ser imposto coativamente, caso em que sempre se abre a via de uma qualquer manipulação da pessoa humana, redobrada quando esse tratamento afeta a sua consciência ou a sua escala de valores. O ‘direito de não ser tratado’ é parte integrante do ‘direito de ser diferente’ que deve ser assegurado em toda sociedade verdadeiramente pluralista e democrática”²³.

Do contrário, a função reeducativa romperia com a estrutura genealógica do sistema penal, violando as normas de caráter constitucional, visto que, segundo Ferrajoli, “degenera em despotismo sempre que se arroga funções pedagógicas e

²³ Apud FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal*, p 106.

*propagandísticas como instrumento de estigmatização e sancionamento moral*²⁴. Segue, como se percebe, os passos trilhados por Carrara quando criticava ser inútil e falso o uso do instrumento penalógico para emendar: “*seduce los ánimos la perspectiva de un mejoramiento de la humanidad, pero cuando para alcanzar este fin se emplean medios violentos, sin que lo necesite la defensa ajena, la aparente filantropía degenera en un inicuo despotismo*”²⁵.

§ 7. Da reforma do Código de Processo Penal e da necessidade urgente de recodificação da execução da pena (perspectiva de *lege ferenda*). O direito e o processo penal contemporâneos padecem de gradual perda de regulamentação, acarretando não apenas constante minimização dos limites entre ilícitos penais e administrativos, mas, e sobretudo, incorrendo em profunda crise de sistematicidade, porque a sobreposição legiferante ofusca o modelo ideal de harmonia (completude e coerência) do sistema, pregado pela dogmática jurídico-penal desde o início do século XX.

A discussão realizada no artigo procura expor este problema, visto que os rígidos requisitos processuais não são respeitados em sede executiva dado a administrativização de suas práticas.

Assim, *"é necessário concluir resignadamente que o Direito Penal, abandonando o ideal iluminista de leis 'simples', 'claras' e 'estáveis', pela realidade de leis 'complexas', 'confusas' e 'instáveis', ingressou na era irracional da descodificação e das legislações especiais: isto é, a era nebulosa das leis penais usadas como instrumento de governo e não como tutela de bens; das leis de compromisso, de formulação indeterminada e estimativa; das leis que garantem privilégios para potentes grupos sociais; das leis vazias, simbólicas, mágicas, destinadas tão-somente a colocar em cena a diligência na luta contra certas formas de criminalidade; das leis 'hermafroditas' com forma de lei mas sustância de ato administrativo; das leis cultivadoras do clientelismo, corporativas, para negociações do voto por privilégios particulares; das leis tecnicamente desalinhas e ilógicas, inspiradas na 'liberdade de expressão', de cada vez más árdua compreensão; das leis-*

²⁴ FERRAJOLI, *Il problema morale e il ruogo della legge*, p. 44.

²⁵ CARRARA, *Programa de derecho criminal*, § 611.

expediente, do casuísmo, para sobreviver diariamente e quase sempre mal; das leis 'burocráticas', meramente sancionadoras de genéricos preceitos extrapenais"²⁶.

A tendência dos sistemas punitivos de se transformarem cada vez mais em sistemas de controle administrativizados, e sempre menos penais em decorrência do processo de descodificação, produz séria crise no conjunto das normas e dos mecanismos que negam a informalidade de controle social²⁷. O sintoma do pampenalismo corrói a estrutura garantidora do direito penal que tem como pressuposto genealógico a tutela dos direitos fundamentais.

Percebe Ferrajoli que devemos observar o fato de que os modelos penais da atualidade "(...) ofuscaram os confins entre as esferas do ilícito penal e do ilícito administrativo, ou seja, dos ilícitos, transformando o direito penal em uma fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, olvidando sua função simbólica de intervenção extrema contra ofensas graves e oferecendo, portanto, o melhor terreno à cultura de corrupção e ao arbítrio"²⁸.

Ao desregulamentar as normas e as sanções dos desvios puníveis, bem como ao desjudicializar o processo de resolução do caso penal e de execução da pena, a estrutura do controle social formal retoma modelo penal irracionalista, cuja ausência de garantias ao indivíduo perfila um sistema 'bárbaro' de contenção da violência. "A inflação penal - conclui Ferrajoli - provocou a regressão do nosso sistema punitivo a uma situação não diferente daquela pré-moderna (...)"²⁹.

Não basta, pois, ao jurista comprometido com um modelo penal garantista, advogar a descriminalização de condutas que não ofendem bens jurídicos relevantes. Se o garantismo pode ser entendido como tecnologia dirigida à minimização do poder punitivo ilegítimo através de vínculos formais e materiais balizados pelo respeito à dignidade humana, aliada ao discurso da descriminalização é extremamente necessária a percepção da idéia de recomposição do sistema penal, processual penal e punitivo.

Para Mantovani³⁰, fundamental a ser sustentado pelo jurista crítico, tendo como pressuposto a negação das legislações emergenciais, é a proposta da

²⁶ MANTOVANI, *Valori e principi della Codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, p. 263.

²⁷ FERRAJOLI, *El derecho penal mínimo*, p. 44.

²⁸ FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, p. 532.

²⁹ FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, p. 81.

³⁰ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 263-273.

recodificação das leis penais. Mais, percebe Ferrajoli³¹ a necessidade de introdução, em sede constitucional, de uma 'reserva de código' penal e processual penal como forma de impedir respostas meramente simbólicas do poder público às demandas sociais criminalizantes.

Criar-se-ia, pois, uma meta-garantia destinada a imunizar as garantias penais e processuais penais das reformas assistemáticas e contingenciais, colocando um freio à inflação penal que tem provocado regressão inquisitiva do direito e do processo penal³².

A 'reserva de código' estabeleceria que todas as normas penais e processuais penais deveriam ser introduzidas no corpo dos Códigos, não podendo ser nenhum dispositivo desta natureza criado senão com a modificação do estatuto principal. A orientação dar-se-ia pelo princípio: "*toda matéria penal e processual penal no Código, nada fora do Código*". Assim, o legislador ficaria vinculado ao sistema, sendo obrigado a trabalhar pela sua unidade e coerência.

O programa de direito penal mínimo, estruturado em amplo processo de descriminalização e na 'reserva de código', qualificaria o potencial garantista do direito que é a radical tutela do pólo mais fraco na relação jurídico-penal: a parte ofendida no momento do delito, o réu no momento do processo e o condenado no momento da execução.

Neste sentido, tendo em vista o movimento de Reforma do Código de Processo Penal, entendemos pertinente colocar em discussão a necessidade de (re)incorporar ao estatuto processual a Execução da Pena, a partir de concepção garantista que deflagraria um movimento de *neocodificação*.

O discurso que culminou com a descodificação da Execução Penal teve como primado a idéia de que "*o tema relativo à instituição da lei específica para regular a execução da penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva*"³³.

Desta forma, "*uma lei específica e abrangente atenderá a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites*

³¹ FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle penne*, p. 50.

³² FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, p. 538.

³³ Lei de Execução Penal, Exposição de Motivos, 08.

penais em que se encontra"³⁴. Com efeito, "a execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do país com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o *Direito de Execução Penal*"³⁵.

Todavia, se a intenção do legislador de 1984 foi harmonizar a matéria, obteve, ao contrário, como efeito perverso, sua total desregulamentação. Pior, ao tentar otimizar a legalidade da Execução Penal através de um estatuto único perpassado pelo princípio da jurisdicionalização, acabou, 'acidentalmente', submetendo os direitos do condenado (instrumentalizados nos incidentes da execução) a uma estrutura administrativa-disciplinar e clínico-criminológica, na qual os direitos ficam invariavelmente subordinados aos laudos técnicos e aos procedimentos disciplinares.

Se a característica da descodificação é, segundo vimos com Mantovani e Ferrajoli, a criação de uma desordem jurídica visto a sobreposição ao penal de estruturas de direito administrativo; percebe-se, com a autonomização do Direito de Execução Penal, uma substancial redução dos direitos e garantias penais e processuais penais em prol da estrutura disciplinar e criminológica. Não obstante, diferentemente do que representa um estatuto processual penal de garantias, no qual existem rígidas regras de tutela do sujeito processual contra o arbítrio estatal, o estatuto executivo autônomo, ao contrário, superdimensiona a noção de segurança e disciplina que, em choque com os direitos e garantias do preso, acaba preponderando.

Neste quadro, cremos que uma das formas (normativas) de garantir os direitos dos apenados é a recapacitação do processo penal e, em consequência, de sua estrutura principiológica, na execução da pena. Para tanto, advogamos, como proposta político-criminal, a urgente necessidade de recodificar a execução, restabelecendo a idéia de sistema processual que foi totalmente ofuscada pela reforma de 1984.

Discordamos, pois, da atual Comissão de reforma do Código de Processo Penal que, em vendo inexequível reforma total, opta por reformas tópicas, demonstrando demasiado otimismo nas modificações pontuais, como se estas

³⁴ Lei de Execução Penal, op. cit., 07.

³⁵ Ib. ibdem., 12.

tivessem a capacidade de reorganizar o sistema tendo como base um Código estruturalmente autoritário³⁶.

No que tange à Execução Penal, sequer reformas fragmentárias foram propostas, indicando total desprezo pela matéria e/ou pressupondo que o estatuto apresenta instrumentalidade garantista para efetivação dos direitos do condenado - falácia que procuramos, a partir da submissão do juiz aos laudos criminológicos, demonstrar³⁷.

Concluimos, desta forma, com Mantovani: "*o futuro decidirá se a atual tendência expansiva da 'desordem jurídica' em que estamos submersos ficará em uma fase transitória aguda, coincidente com uma profunda crise de nossa civilização, ou se, através de novos desenvolvimentos, estará destinada a caracterizar estavelmente os ordenamentos jurídicos, de forma que a insegurança jurídica e o arbítrio judicial se convertam em expressão das florescentes concepções de mundo. Mas o desejável retorno da ordem e da segurança jurídica, quando produzida, se é que se produzirá, não poderá prescindir do retorno da codificação e do fim da era da legislação especial. A existência ou não do 'clima político' necessário para a recodificação não é problema da Ciência Penal [ou Processual Penal, acrescentamos]: que o científico faça o que deve e, depois, que suceda o que tenha que suceder*"³⁸.

Referências bibliográficas

BISSOLI Fo., Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal.* Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 1991.

³⁶ Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, presidente da Comissão, entende que "*a reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas não seria exequível operacionalmente. A morosidade da própria tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com outros*" (GRINOVER, *A reforma do Código de Processo Penal*, p. 66/7).

³⁷ Sobre a inidoneidade do processo de execução penal na tutela dos direitos do apenado, conferir CARVALHO, *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.*

³⁸ MANTOVANI, op. cit., p. 273.

- CARRARA, Francesco.** *Programa de derecho criminal: parte general.* Bogotá/Buenos Aires: Temis/Deplma, 1996 (volumen II).
- CARVALHO, Salo.** *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.* RJ: Lumen Juris, 2001.
- _____. & **CARVALHO, Amilton Bueno.** *Aplicação da pena e garantismo.* RJ: Lumen Juris, 2001.
- COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS.** *Relatório Azul : garantias e violações dos Direitos Humanos no Rio Grande do Sul – 1997.* Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1998.
- COSTA Jr., Paulo José.** *Direito Penal: curso completo.* São Paulo: Saraiva.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.* 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- _____. *El derecho penal mínimo.* In: Poder y Control (00). Barcelona: PPU, 1986. p. 25 – 48.
- _____. *Il problema morale e il ruogo della legge.* In: Critica Marxista (03). Roma, 1995. maggio/giugno, p. 41 – 47.
- _____. *La giustizia penale nella crisi del sistema politico.* In: **LIBERATI, Edmondo** et alii. *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica.* Milano: Feltrinelli, 1996. p. 65 – 82.
- _____. *La pena in una società democratica.* In: Questione giustizia (03-04). Milano: FrancoAngeli, 1996. anno XV, p. 527 – 539.
- _____. *Quattro proposte di riforma delle pene.* In: **BORRÈ, Giuseppe & PALOMBARINI, Giovanni.** *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela.* Roma: Franco Angeli, s/d. p. 37 - 50.
- FOUCAULT, Michel.** *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.* 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- _____. *Sobre a prisão.* In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- FRANCO, Alberto Silva.** *Temas de Direito Penal; breves anotações sobre a Lei no. 7.209/84.* SP: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pelegrini.** *A reforma do Código de Processo Penal.* In: RBCCrim (31). SP: RT, 2000. p. 65-74.
- JESÚS, Damásio.** *Direito Penal: parte geral.* 19ª edição. SP: Saraiva, 1995.
- MAIA NETO, Cândido Furtado.** *Direitos Humanos do preso.* SP: Saraiva, 1999.
- MANTOVANI, Ferrando.** *Valori e principi della Codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto.* In: Archivio Giuridico, Volume CCXIV, Fascicolo 3-4, 1994, pp. 263-273.
- ROLIM, Marcos.** *O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne: os encarcerados e a cidadania, além do mito.* In: **ROLIM, Marcos.** *Teses para uma esquerda humanista e outros textos.* POA: Sulina, 1999.
- SÁ, Alvinho Augusto.** *Equipe criminológica: convergências e divergências.* In: RBCCrim (02). SP: RT, 1993. p. 41-45.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen.* Bogotá: Temis, 1988.

ZIYADE, Fátima. *Do discurso à práxis: uma visão crítica da psiquiatria forense.* In: **BITENCOURT, Cesar** (org.). *Crime e Sociedade.* Curitiba: Juruá, 1998. p. 177-197.