

CRISE NA EXECUÇÃO PENAL

Renato Flávio Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Sumário: 1. Abordagem do tema; 2. Natureza e objeto da execução penal, 2.1. Natureza da execução penal, 2.2. Objeto da execução penal; 3. Artigos 3º a 8º da Lei de Execução Penal; 4. Conclusão.

1. ABORDAGEM DO TEMA

Conforme sentenciou Roberto Lyra, é pela execução, em última análise, que vive a lei penal.

Que a lei penal não tem “andado bem” é cediço. Os mais variados “equivocos legislativos” nos dão conta do caos em que se encontra a produção legislativa em matéria penal e processual. A tal respeito temos nos pronunciado não é de hoje.¹

Está em fase de estudos o Projeto que modificará a Lei de Execução Penal. É preciso, então, estabelecer reflexões sobre algumas questões

¹MARCÃO, Renato Flávio, e MARCON, Bruno. Direito Penal brasileiro: do idealismo normativo à realidade prática. RT 781/484-96. Disponível na internet: <http://www.juridica.com.br>; www.mp.sp.gov.br; www.direitopenal.adv.br; www.saraivajur.com.br; www.jusnavigandi.com.br; www.direitonet.com.br; www.emporiodosaber.com.br; www.bpdir.adv.br; www.suigeneris.pro.br; www.apoena.adv.br; www.teiajuridica.com.br; www.mundojuridico.com.br

doutrinárias e práticas da Lei, conforme buscaremos nas próximas linhas, dentro da singela visão que o trabalho propõe, estabelecendo afirmações e questionamentos relevantes para o estudo do tema.

2. NATUREZA E OBJETO DA EXECUÇÃO PENAL

2.1. NATUREZA DA EXECUÇÃO PENAL

Jurisprudência e doutrina nos apontam as divergências reinantes sobre a natureza da execução penal.

Para alguns, “a execução criminal tem incontestável caráter de processo judicial contraditório” (TACrimSP, HC nº 307.582/5, 2ª Câmara, rel. juiz José Urban, j. em 10.07.97, v.u.). É de natureza jurisdicional (JUTACrimSP 94/99).

Ada Pellegrini Grinover ensina que: “Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais”.²

Segundo Paulo Lúcio Nogueira, “a execução penal é de natureza mista, complexa e eclética, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo”.³

Por fim, Julio Fabbrini Mirabete anota que: “... afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: ‘Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal’”.⁴

Temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve.

² Execução Penal, São Paulo : Max Limonad, 1987, p. 7.

³ Comentários à Lei de Execução Penal. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 5/6.

⁴ Execução Penal, São Paulo : Atlas, 1997, p. 25.

Embora envolvida intensamente no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial, por imperativo constitucional, o que acarreta dizer, aliás, que o rol do art. 66 da Lei de Execução Penal é meramente exemplificativo.

Não bastasse, as decisões que determinam, efetivamente, o destino da execução, são jurisdicionais.

2.2. OBJETO DA EXECUÇÃO PENAL

Visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria⁵, assim considerada aquela que não acolhe a pretensão punitiva, mas reconhece a prática da infração penal e impõe ao réu medida de segurança.⁶

3. ARTIGOS 3º A 8º DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Diz o art. 3º da LEP: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

São várias as conseqüências da condenação e os direitos atingidos pela sentença. Podemos citar, exemplificativamente: a. lançamento do nome do réu no rol dos culpados (art. 393, II, do CPP), providência que após a Constituição Federal de 1988, por imposição do art. 5º, LVII, só é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; b. prisão do réu (cf. art. 393, inc. I, do CPP, arts. 321 e s., e 594, do mesmo Codex; c. tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP e art. 63, do CPP); d. perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé: dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, alínea “a”, do CP); do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, alínea “b”, do CP); e. perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I, do

⁵ MARCÃO. Renato Flávio. Lei de execução penal anotada. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 3.

⁶ CAPEZ. Fernando. Curso de processo penal. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 342.

CP); a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP); a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (art. 92, III, do CP); f. constitui obstáculo à naturalização do condenado (art. 12, II, alínea "b", da CF); g. suspensão dos direitos políticos enquanto perdurar os efeitos (art. 15, III, da CF); g. induz reincidência (art. 63, do CP); h. formação de título para execução de pena ou, no caso de semi-imputabilidade, medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial ou internação (arts. 105 e 171, da LEP).

De outro vértice, não são atingidos pela sentença penal condenatória os seguintes direitos: a. inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, caput, da CF); b. de igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (art. 5º, I, da CF); c. de sujeição ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); d. de integridade física e moral, não podendo ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLIX, da CF; Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997); e. liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, da CF; Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27 de março de 1985); f. direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V, da CF; Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27 de março de 1985); g. liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF); h. de não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII, da CF); i. expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, da CF); j. inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, da CF); k. inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII, da CF); l. plenitude da liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CF); m. o direito de propriedade (material ou imaterial), ain-

da que privado, temporariamente, do exercício de alguns dos direitos a ela inerentes (art. 5º, XXII, da CF); n. o direito de herança (art. 5º, XXX, da CF); o. o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5º XXXIV, alíneas “a” e “b”, da CF); p. direito à individualização da pena (art. 5º XLVI, da CF); q. ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CF); r. relacionados ao processo penal em sentido amplo (art. 5º, LIII a LVIII, entre outros, todos da CF); s. direito de impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data* (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII, da CF), com gratuidade (art. 5º, LXXVII, da CF); t. à assistência jurídica integral gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos (art. 5º LXXIV, da CF); u. indenização por erro judiciário, ou se ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, da CF).

Comporta destaque o direito de “sujeição ao princípio da legalidade”.

Com efeito, a Lei de Execução Penal estabelece diversos benefícios em favor dos executados, sendo certo que tais não são efetivados durante a execução. Onde, então, a legalidade? Qual legalidade?

Legalidade é a estrita observância da Lei ou o que é possível praticar em razão do descaso do Estado?

O que se dizer, então, do direito à “individualização da pena” ?

É sabido que o processo individualizador se desenvolve em diversas fases. Inicia-se com a individualização formal, passa pela judicial, e culmina com a individualização na execução.

Como se afirmar, entretanto, que a individualização ocorre na execução?

Sabemos que em completa desatenção ao art. 5º da LEP⁷, não há uma devida classificação do condenado ou do internado.

Como regra, também não há um “programa individualizador” para a execução das penas, restando no vazio o art. 6º da Lei de Execução Penal.

⁷ “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Em relação ao exame criminológico a situação não é diversa.

A despeito do que vem determinado nos arts. 8º e 9º da LEP, é do conhecimento de todos que não se dispõe de pessoal capacitado e treinado, para a realização do exame criminológico, que quando é feito, muito pouco ou quase nada de seguro aponta.

A bem da verdade, na maioria das comarcas do Estado de São Paulo tal exame é substituído por um parecer apresentado por Assistente Social, que não dispõe de conhecimento específico para a análise do comportamento do criminoso, restringindo seu trabalho a uma única entrevista. Soma-se a tal relatório de entrevista um parecer psicológico também decorrente de um único encontro.

O resultado, evidentemente, não poderia ser outro.

Realizam-se tais entrevistas e utilizam-se tais trabalhos técnicos, mais pelo formalismo do que pelo conteúdo.

4. CONCLUSÃO

A crise instalada na execução penal se reflete, também, na segurança pública. Não se restringe aos direitos e garantias do preso.

É certo que, na medida em que não se efetivam as regras da execução penal, pune-se o condenado duas vezes.

Contudo, a pena maior recai sobre a sociedade ordeira que financia, com o pagamento de impostos, taxas etc, a estruturação de um sistema que idealiza, busca e não atinge, mercê do descaso daqueles que foram eleitos e são pagos com o fruto do trabalho e do esforço dos que a integram.

A parcela ordeira da população é, no mínimo, triplamente vítima.

Vítima do medo; do crime, e também da inércia/ineficiência de seus representantes junto a Poderes Instituídos, há muito fracassados ante a incontida ascensão do império em que reina absoluta a ilicitude penal.