

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A PROCESSUALIZAÇÃO DO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL NUMA
PERSPECTIVA A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

Marcia Angela de Souza

Belo Horizonte
2007

Marcia Angela de Souza

**A PROCESSUALIZAÇÃO DO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL NUMA
PERSPECTIVA A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Orientadora: Doutora Flaviane de Magalhães Barros

**Belo Horizonte
2007**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729p

Souza, Marcia Angela.

A processualização do incidente de execução penal numa perspectiva a partir do modelo constitucional de processo / Marcia Angela de Souza. Belo Horizonte, 2007.

117f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Programa de Pós-Graduação em Direito

Bibliografia.

1. Processo penal. 2. Execuções (Direito). 3. Pena (Direito). 4. Direito processual. 5. Direito constitucional. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Marcia Angela de Souza

**A processualização do incidente de execução penal numa perspectiva a partir
do modelo constitucional de processo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade Mineira de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, nível Mestrado. Belo Horizonte, 2007.

Doutora Flaviane de Magalhães Barros (orientadora) PUC Minas

Doutor Ronaldo Brêtas de C. Dias

Doutor Lúcio Antônio Chamon Júnior

Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2007.

*Para os navegantes com desejo de
vento, a memória é um bom ponto de
partida.*

Eduardo Galeano

AGRADECIMENTOS

À Professora Flaviane de Magalhães Barros, pelo ensino, pela delicadeza e pela compreensão nesse difícil ano.

A minha querida mãe e irmãos, pela sustentação constante.

Ao meu pai, grande saudade.

Ao Professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo aprendizado.

Às queridas amigas Helena Guimarães e Giuliana Dentz, pelos sorrisos.

Aos profissionais da Secretaria da Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial, Elísio Júnior, André e Rafael, pelo profissionalismo e cordialidade.

Ao professor Herman Barreto, pelo apoio.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo apontar a exigência de processualização do incidente de execução penal a partir da Constituição da República de 1988, a qual estabelece que nos procedimentos, inclusive administrativos, serão assegurados aos litigantes o direito ao contraditório e à ampla defesa. A condição de sujeito de direitos do executado, como afetado pela decisão modificativa de regime de cumprimento da pena, assegura sua participação, exercendo sua ampla defesa em contraditório. No paradigma do Estado Democrático de Direito, toda decisão, para ser legítima, há de se condicionar aos referidos princípios. Para tanto, buscou-se determinar por que a compreensão de processo e de jurisdição apontada pela dogmática jurídica não propicia a formação de um espaço procedimentalizado no qual sejam assegurados ao preso os princípios constitucionais processuais. Apontou-se, então, que uma proposta constitucionalmente adequada para se viabilizar a processualização do incidente de execução penal no paradigma do Estado Democrático de Direito, elaboração permanentemente elaborada, encontra sustentação na teoria do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari e do modelo constitucional de processo, de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera conjugada com a teoria do discurso, de Jürgen Habermas.

ABSTRACT

The present dissertation aims to allege the necessity of the proceduralization of the incident occurred under the penal custody because the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 recognize that litigants in judicial and administrative processes, as well as defendants in general are ensured of the principle of adversary system and of full defense. The status of a convicted person as a subject of rights entitles him to a procedural participation in the decision process that changes the regime of his penal custody, practising his right of full defense in the adversary system. In the paradigm of Democratic Constitutional State, every decision to be legitimate must observe that mentioned principles. In order to demonstrate this claim, we sought to explain why the understanding of the process and jurisdiction upheld by the traditional brazilian legal doctrine do not favor the establishment of a procedural sphere in which the detainee's right to the constitutional principles of process shall be ensured. So it was advanced in the work a proposal to make feasible the proceduralization of the incident occurred under the penal custody fully consonant with the requirements of the paradigm of the Democratic Constitutional State whose formulation is supported by the theory of the process as adversary procedure system conceived by Elio Fazzalari, by the theory of constitutional model of process claimed by Italo Andolina e Giuseppe Vignera associated with the discourse theory of law and democracy proposed by Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 EXECUÇÃO PENAL: DESCOMPASSOS E CONTRADIÇÕES NO CASO BRASILEIRO	12
2.1 Nota introdutória	12
2.2 Compreensão da execução penal	14
2.3 O incidente de execução penal	18
2.3.1 Os institutos da progressão e regressão de regime	21
2.3.2 A regressão de regime prisional pela prática de fato definido como crime doloso	24
2.3.3 A regressão pela prática de falta grave	28
3 INAPLICABILIDADE DA EXECUÇÃO PENAL COMO PODER-DEVER ESTATAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	35
3.1 Uma crítica introdutória ao sistema de execução penal como “instituição total”	37
3.2 Uma crítica à concepção de jurisdicionalidade centrada na figura do juiz	45
3.3 A superação da concepção instrumentalista de processo	55
3.3.1 Uma crítica ao modelo de execução penal brasileiro	60
3.3.1.1 Uma apreciação da ausência do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões no incidente que apura regressão de regime pela atribuição da prática de fato definido como crime doloso e por falta grave	62
3.3.1.2 Ofensa ao princípio da inércia da jurisdição no curso da execução penal ..	69
3.3.1.3 Execução penal: o espaço de confirmação do arbítrio	72
.....	
4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PROCEDIMENTO E PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO	76
4.1 Teorização sobre o Estado Democrático de Direito	76
4.2 A cisão entre processo e procedimento: a contribuição fazzalariana ao estudo do processo	84
4.3 As bases de um modelo constitucional de processo	89
4.4 Uma compreensão constitucionalmente adequada da processualização do incidente de execução penal no paradigma do Estado Democrático de Direito	99

5 CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como seus fundamentos a prevalência dos direitos humanos, o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, bem como sustenta direitos e garantias individuais. Não obstante, o sistema carcerário em nosso país apresenta uma distância surpreendente entre a prescrição formal dessas garantias e a realidade.

A instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os inúteis, os indesejáveis, os perigosos. Ela própria frequentemente contribui para perenizar a insegurança e o desamparo sociais que a alimentam. Nas circunstâncias com as quais depararemos, veremos que a prisão faz mais nada senão empobrecer aqueles que lhe são confiados e os que lhes são próximos, dando-lhes uma identidade social jamais esquecida.

Uma investigação criteriosa revela como a trajetória carcerária do preso pode ser descrita como uma sequência de choques e de rompimentos comandados, por um lado, pela ordem de segurança interna do estabelecimento, por outro, pelas exigências e pelos editos do aparelho judiciário: a gestão penal da insegurança social alimenta-se, assim, de seu próprio fracasso programado (Cf. WACQUANT, 2001, p. 145).

A disposição do modelo penitenciário no Brasil, distanciada do sistema acusatório, alardeia a marca do autoritarismo, visto que as reivindicações do executado e da massa carcerária “não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da insegurança.” (CARVALHO, 2003, p. 155).

O presente trabalho desenvolveu-se a partir da comprovação, em situações concretas do cotidiano profissional e em estudos de questões doutrinárias e jurisprudenciais, da violação sistemática, contínua e silenciosa dos direitos individuais e das garantias processuais dos presos no curso da execução da pena.

Nosso olhar voltou-se para a análise da ofensa às garantias processuais quando da instauração de um incidente de execução penal, tendo por marcos teóricos as teorias processuais da contemporaneidade que se mostram comprometidas com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Os marcos

teóricos que melhor analisam as referidas ofensas são o modelo constitucional de processo, o qual delinea a possibilidade de uma teoria geral do processo com base principiológica, e a teoria do processo como procedimento em contraditório, que entende o contraditório como espaço procedimentalizado para participação dos afetados na construção do provimento. Esses dois marcos, conjuntamente com a teoria do discurso de Habermas, viabilizarão a elaboração de um discurso da processualização do incidente de execução penal, de modo a garantir que o executado, sujeito de direitos processuais, e, portanto, na condição de afetado, participe valendo-se de ampla argumentação, e, em contraditório, da construção da decisão que pode modificar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Na primeira parte da pesquisa, esclarecer-se-á a execução penal a partir da compreensão da dogmática posta. Nessa perspectiva, serão analisados a compreensão jurídica da execução e os incidentes nela ocorridos, apontando a forma como a lei estabelece as restrições ou supressões de direitos durante o cumprimento da pena. Para tanto, a investigação será efetivada unicamente na perspectiva da dogmática jurídica, sem maiores aprofundamentos no esclarecimento da execução da pena no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, será introduzida uma crítica à execução penal a partir da investigação de como a política neoliberal de penalidade máxima agravou as restrições de direitos na esfera da execução, esclarecendo de que forma a exigência de punição máxima suprimiu garantias processuais. O passo seguinte mostrará o equívoco das compreensões de jurisdição e de processo adotadas pela maior parte da doutrina que estuda a execução penal e como esta se encontra assentada na noção de poder-dever, numa concepção de processo como instrumento da jurisdição, e na formulação de jurisdicionalidade centrada na figura do juiz, um sujeito processual dotado de privilégio cognitivo. A inadequação de tais teorias no atual paradigma será apresentada.

Na última parte deste segundo capítulo, será estabelecida uma crítica ao modelo de execução penal brasileiro, o que se construirá mediante a apreciação da ausência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões no incidente de execução penal de regressão de regime, apontando, ainda, situações fáticas nos quais se vislumbram referidas violações de direitos.

No último capítulo, definir-se-á a compreensão do Estado Democrático de Direito, o que se efetivará a partir da evolução dos paradigmas jurídicos dos Estados. Tal análise servirá de suporte à compreensão da teoria do processo como procedimento em contraditório, desenvolvida por Elio Fazzalari, bem como do modelo constitucional de processo, formulada pelos constitucionalistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. A teoria do discurso de Jürgen Habermas e a discussão do paradigma do Estado Democrático de Direito servirão de pano de fundo para o desenvolvimento dos temas subsequentes: a crítica ao sistema de execução penal e a abordagem da exigência de processualização do incidente de execução penal no Estado Democrático de Direito como forma de assegurar ao executado, sujeito de direitos, o exercício de seus direitos processuais.

Por fim, será desenvolvida uma formulação constitucionalmente adequada para a execução penal, na qual se efetive a igual participação dos afetados nos diversos espaços democráticos de tomada de decisão.

2 EXECUÇÃO PENAL: DESCOMPASSOS E CONTRADIÇÕES NO CASO BRASILEIRO

2.1 Nota introdutória

A execução penal é regida pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a qual instituiu o modelo de execução penal bem como mecanismos determinadores do controle da pena num universo mistificado e tão escassamente estudado de forma estruturada em nosso país.

Nessa perspectiva, ao se analisar a evolução histórica da pena, desde o momento em que o crime era considerado ofensa à divindade até as atuais políticas criminais de prevenção, evidencia-se uma tentativa histórica da racionalização do direito. A par disso, a evolução da pena deveria refletir também o processo de racionalização da humanidade e do direito.

Revela Michel Foucault (2001) que a prisão se apresenta como a parte mais velada do processo penal porque os mecanismos da punição mudam as engrenagens da vida em sociedade. Assim esclarece Foucault de que forma o corpo marcado simbolicamente foi desaparecendo da repressão penal a partir do século XVIII e começo do XIX: “a festa da punição vai-se extinguindo.” (FOUCAULT, 2001, p. 12), numa tentativa de enterrar de vez o espetáculo punitivo:

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um ‘fecho’ ao crime mantinha com ele afinidades, igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes; fazendo o carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 2001, p. 12/13).

Denuncia Foucault como a administração da pena vai se tornando, aos poucos, um setor emancipado, no qual um mecanismo administrativo desonera a justiça, livrando-a desse encoberto mal-estar, propondo o enterramento burocrático da pena (FOUCAULT, 2001, p. 13). Com a abolição da marca do ferro quente, do chicote e de diversas práticas punitivas, o sofrimento físico e a dor do corpo não são

mais os elementos constitutivos da pena, mas, sim, a “prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação”, tão importantes nos sistemas penais modernos, os quais se referem diretamente ao corpo, ou “uma moral bem nova própria do ato de punir”. (FOUCAULT, 2001, p. 14/15). Propugna Foucault que o século XIX favorece, por fim, o desaparecimento da encenação da punição física e marca o início da era da sobriedade punitiva.

O afrouxamento da severidade penal marcou a própria modalidade judicial do julgamento quando os juízes passaram a cuidar também da “alma” dos condenados (Cf. FOUCAULT, 2001, p. 20). O juiz não julga mais sozinho, porque ao seu lado, no processo penal e na execução da pena, alastram-se diversas esferas anexas, nas quais justiças e juízes paralelos se intensificam em torno do julgamento principal:

Desde que funciona o novo sistema penal – o definido pelos grandes códigos dos séculos XVIII e XIX – um processo global levou os juízes a julgar coisa bem diversa do que crimes: foram levados em suas sentenças a fazer coisa diferente de julgar; e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juízes da infração. A operação penal inteira carregou-se de elementos e personagens extrajurídicos. Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que é o destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos. Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrário, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga. (FOUCAUT, 2001, p. 22/23).

Conveniente ressaltar, essa tentativa de racionalização da pena propiciou que a execução penal passasse a referir-se a indivíduos e não a fatos, tal como ocorre no processo de conhecimento. Na execução penal, diferentemente do processo de conhecimento em que há um processo para os fatos criminosos, um único processo acompanha o indivíduo em toda sua carreira criminosa (Cf. TEIXEIRA; BORDINI, 2003, p. 271) ¹ e todas as condenações que o mesmo vier a sofrer serão anexadas e cumpridas por meio daquele processo (MARCÃO, 2004, p.1). O maior desafio na

¹ O termo “processo” é utilizado pelas autoras no texto original e será mantido em todas as citações nas quais aparece. No mesmo sentido, Paulo Lúcio Nogueira também admite a existência de um processo de execução penal, explicando: “Estabelecida a aplicabilidade de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade de partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da *humanização da pena*, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de *direitos e deveres*, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade”. (NOGUEIRA, 1996, p. 4)

execução penal consiste, portanto, em racionalizar a aplicação da pena, preocupação presente nos primeiros estudos que delimitaram o direito de punir e os limites para o Estado aplicar a penalidade (TEIXEIRA; BORDINI, 2003, p. 271).

Certo é que somente o Estado pode tornar efetiva a sanção penal, ainda que decorrente de condenação imposta em ação penal privada, de maneira que a execução terá sempre natureza pública, decorrendo de decisão criminal de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou ainda de ação penal privada, em qualquer de suas modalidades de realização.

A execução da pena revela-se, pois, um dos maiores impasses da contemporaneidade, notadamente ao se tomar por base duas pontuações essenciais que serão desenvolvidas posteriormente: que a ruptura do Estado Social para o Estado Democrático de Direito tem como marca a definição das garantias do indivíduo em face de suas relações com o Estado (Cf. DIAS, 2004, p.99), bem como a relevância dos princípios constitucionais processuais, tônica nos atuais estudos do Direito Processual (Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p.158). Nesse sentido, o executado não ficaria privado, durante o cumprimento da pena, de sua condição de sujeito de direitos processuais, e, desta forma, legitimado a participar ativamente da elaboração de toda e qualquer decisão suportada por ele, no curso do cumprimento da pena.

2.2 Compreensão da execução penal

A concepção colocada pela dogmática para a execução penal se presta ao esclarecimento de ser a execução penal fase puramente administrativa, com o sentenciado sendo considerado objeto de execução, ou, por outro lado, pode ser compreendida como procedimento jurisdicionalizado. Por conseguinte, oportuno esclarecer, desde já, qual a concepção de procedimento adotada pelos que assim a entendem, para, a partir disso, elucidar se estaria a execução penal demarcada pelos princípios constitucionais processuais, dentre eles, o contraditório, elemento estruturador do procedimento no Estado Democrático de Direito, no sentido colocado por Rosemiro Pereira Leal, *verbis*:

Conclui-se que o Processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, 2005, p.111)

Vicente Greco Filho entende a execução penal como um procedimento complementar à sentença, com alguns incidentes próprios, de sorte que, por não existir pedido de tutela jurisdicional específica, não existiria, também, Ação de Execução Penal (GRECO FILHO, 1995, p.101). Julio Fabbrini Mirabete, por seu turno, admite a ocorrência de processo na execução penal, e que, ao se falar de execução penal, fala-se de uma etapa deste (MIRABETE, 2004, p.34). Anota o autor 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'". (MIRABETE, 2004, p.18)

Ada Pellegrini Grinover esclarece que a execução penal comporta o entrosamento dos planos jurisdicional e administrativo, sendo que cada qual mantém sua atividade. Desta forma, caberia ao executivo a aplicação concreta da pena e ao judiciário a efetivação da sanção, por meio de um verdadeiro processo de execução (GRINOVER, 1987, p.7). Prossegue a autora, afirmando que

não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. (GRINOVER, 1987, p.7)

Por seu turno, Renato Flávio Marcão aponta que a execução penal "é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve" e que na execução da pena devem ser observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e do *due process of law*. (MARCÃO, 2004, p.2). Para o autor a observância aos referidos princípios (ainda que numa visão instrumentalista de processo²), serão assegurados pela jurisdicionalização, ou atuação jurisdicional

² Conveniente antecipar que a escola instrumentalista compreende o processo como um instrumento a serviço da paz social eliminando conflitos entre pessoas. Nesse sentido: "Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o

(e não mediante a processualização do incidente). A compreensão do autor guarda distância do conteúdo teórico dos princípios constitucionais processuais na contemporaneidade, tema que será adequadamente desenvolvido no próximo capítulo.

Escrevendo sobre a execução penal, Aléxis Augusto Couto de Brito explica que durante muito tempo entendeu-se a execução da pena como atividade de caráter meramente administrativo, e quando, excepcionalmente, ocorresse algum incidente, passava-se às mãos do Judiciário. A intervenção judicial era considerada, até então, providência desnecessária. De acordo com o autor, um dos motivos para esse entendimento era a ausência de um Processo, “em sua acepção judicial e bem explorada pelo Direito Civil”. Tal fato, adverte, determinava a discricionariedade do administrador prisional. Em razão disso, passou-se a reconhecer a jurisdicionalidade da execução, mesmo que em alguns atos, mas, ainda, negando-se a existência de um processo (BRITO, 2006, p.26). Prosseguindo, ressalta Couto de Brito, a execução penal foi sempre relegada aos órgãos administrativos, e a função do juiz se resumiria ao cálculo da pena. A partir daí, a “tarefa era entregue ao Estado em sua função executiva, o qual cuidava de executar a pena em todos os seus limites” (BRITO, 2006, p.26), resolvendo, inclusive, sobre seus incidentes.

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr. esclarece que os juristas-penalistas, preocupados mais com a teoria do delito, relegaram o cumprimento da pena a um segundo plano, sob o argumento de existir na execução mera relação especial de poder hierarquizante entre a administração penitenciária e o preso. De acordo com o autor, os processualistas, por seu turno, especialmente os italianos, se firmaram inicialmente em teorias administrativistas. Arrazoa que os alemães já sustentavam a tese da jurisdicionalidade da execução penal, com fundamento no brocardo latino *jurisdictio sine executione esse non potest*. Aos poucos, também a doutrina italiana teria evoluído para uma corrente intermediária, que propugnava a execução penal como atividade preponderantemente administrativa, observada a jurisdicionalidade nos chamados incidentes de execução. Nesse sentido, haveria, portanto, duas

bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p.43) (grifos constam do texto original)

correntes, uma denominada administrativista mitigada e outra, denominada jurisdicionalista. (CINTRA JR. 1995, p.115/116).

A crítica do autor, contudo, conduz ao entendimento de que na execução penal evidenciam-se as contradições e defeitos de um sistema no qual os direitos do preso ficam dependentes de concessões do juiz; sendo assim, o deferimento de determinado benefício constituía muito mais uma faculdade do Estado, representado pelo Judiciário, que um direito individual do sentenciado (Cf. CINTRA JR., 1995, p.118).

Cintra Jr. ainda aponta que a compreensão segundo a qual na execução penal predomina um “conflito de interesses que, além de mais aparente conflito entre dois sujeitos – o Estado de um lado e o cidadão titular de direito individual específico do outro – é, acima disso, um conflito que se esboça dentro do próprio Estado.” (CINTRA JR. 1995, p. 119). Nesse sentido,

se por um lado o Estado tem todo o interesse em impor uma sanção e executá-la, por outro não deixa de ter interesse na preservação do *jus libertatis* do cidadão, relacionado a diversos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (CINTRA JR. 1995, p.117).

Depreende-se, ainda de forma inaugural, que pela dogmática jurídica a concepção de execução penal como processo jurisdicionalizado encontra-se comprometida com a noção de jurisdicionalidade, todavia, centrada na figura do juiz.

Para se compreender o instituto jurídico que rege o sistema de execução penal é preciso apontar que há diferenças substanciais entre ação, pretensão e pedido. Rosemiro Leal vislumbra o instituto da ação a partir da diferenciação entre ação no sentido de procedimento, e ação como direito constitucionalizado incondicional de movimentar a jurisdição. Em sentido processual, aquele remeterá sempre à concepção de procedimento e se relacionará aos elementos configurativos estruturais que regem o procedimento.

No procedimento o pedido envolve como base concludente da pretensão que são os objetos imediato e mediato. Este último diz respeito ao provimento reconhecendo ou não um direito referente ao bem da vida. Em Direito Processual, afirma Rosemiro, o que se noticia é uma pretensão de direito material. Nesse sentido, a pretensão engloba o pedido, que pode ser visto como o trecho conclusivo externador do pretendido. Daí, a necessidade de ser claro e tecnicamente inteligível.

Diante de tais constatações, verifica-se que o estudo da execução penal encontra-se ainda distanciado dos atuais estudos da teoria do processo e do procedimento.

Conveniente ressaltar, desde já, que uma pretensa tese atribuindo contornos jurisdicionais à execução penal não a torna espaço procedimentalizado e demarcado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões, porque as concepções de jurisdição e de processo devem ser assumidas sob perspectivas substancialmente diversas no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.3 O incidente de execução penal

No processo penal, as questões incidentais não são tratadas como processos incidentes, no sentido formal atribuído ao termo processo (Cf. OLIVEIRA, 2007, p.259). As questões incidentais são, portanto, soluções oferecidas pela lei processual para inúmeras eventualidades que podem ser suscitadas no curso do processo, devendo ser resolvidas pelo juiz antes da solução da causa principal. Os processos incidentes dizem respeito a determinados procedimentos, quais sejam:

- a) questões tipicamente preliminares (exceções de suspeição, incompatibilidade ou impedimento, exceções de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada, bem como o conflito de jurisdição), que devam ser resolvidas antes do exame do mérito da ação penal;
- b) questões de natureza *acautelatórias* de cunho patrimonial, sem maiores interferências na solução do caso penal (restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias, - seqüestro, arresto e inscrição de hipoteca);
- c) questões tipicamente *probatórias*, seja no âmbito da aferição da culpabilidade (incidente de insanidade mental), seja no da materialidade do delito (incidente de falsidade documental). (OLIVEIRA, 2007, p. 259).

Os incidentes de execução penal, também denominados intercorrências, são questões incidentais ocorridas no curso da execução da pena, portanto, após a sentença de condenação ou de absolvição imprópria e atingem o processo de execução da pena ou medida de segurança, impondo ao juiz da execução o dever

de resolvê-las dentro do processo executivo³ (Cf. MARCÃO, 2004, p. 254). Desta maneira, “todas as questões que apareçam durante e aparte (*sic*) do processo de execução e nele tenham reflexo poderiam ser chamadas de questões incidentais.” (BRITO, 2006, p.354). Para Manzini, citado por Aléxis Augusto Couto de Brito, o incidente de execução

é uma particular relação processual contenciosa que surge por ocasião da execução da sentença penal, tendo por conteúdo uma situação previamente prevista na lei ou outra controvérsia relativa à interpretação ou aplicação do julgado, ou providências não discricionárias emitidas para a execução. Portanto, a nota que difere o incidente é a presença de um contencioso, uma controvérsia de interesses (condenado X Estado) a ser resolvida além da discricionariedade judicial ou administrativa. (MANZINI, *apud* BRITO, 2006, p. 354)

A Lei de Execução Penal prevê as seguintes espécies de incidentes: as conversões (previstas nos arts. 180 a 184), o excesso ou desvio (arts. 185 e 186), bem como a anistia e o indulto (arts. 187 a 193). Além dessas intercorrências, a regressão de regime também exige a instauração de incidente e está prevista no art. 118 da Lei.

As conversões seriam a substituição de uma sanção por outra no curso da execução (Cf. NOGUEIRA, 1996, p. 305) e se dividem em conversão da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, em restritiva de direitos; conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade; conversão da pena de prestação de serviços à comunidade; conversão da limitação de fim de semana; conversão da pena de interdição temporária de direitos. Da mesma maneira, a superveniência de doença mental ou perturbação de saúde; a conversão do tratamento ambulatorial em internação; a conversão da pena de prestação pecuniária e a conversão da pena inominada (ou conversão de pena de prestação de outra natureza). Quanto à conversão da pena de multa em detenção, não há mais essa possibilidade, uma vez que o art. 51 e parágrafos do Código Penal e o art. 180 da Lei de Execução Penal foram revogados.

O excesso ocorrerá sempre que na execução da pena ou medida de segurança se constatar que se excedeu ao decidido na sentença submetida à execução, sendo sempre prejudicial ao executado. O desvio, por seu turno, é a mudança do curso normal da execução e sempre se revelará favorável

³ Ressalte-se que as decisões tomadas pelo juiz da execução penal na fase executória são passíveis de Agravo em Execução.

qualitativamente ao executado (MARCÃO, 2004, p. 272). Haverá desvio se for concedido ao executado, por exemplo, o benefício da autorização de saída sem observância das regras previstas no art. 120 da Lei. O indulto, por sua vez, decorre de ato discricionário do Presidente da República, logo, não se enquadra nas hipóteses que requerem a intervenção judicial.

Os incidentes podem modificar o rumo de execução da pena, impondo regime de cumprimento de pena mais gravoso, além de reduzir ou extinguir a pena ou medida de segurança submetida à execução.

Nesse tocante, encerrada a fase instrutória, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente, procede-se à execução do título executivo judicial, o qual se constitui de uma sentença penal condenatória. Necessário esclarecer, nesse ponto, que a legislação prevê como espécies de penas: as privativas de liberdade⁴, as penas restritivas de direitos⁵ e a multa⁶. A pena privativa de liberdade pode ser cumprida em três regimes penitenciários distintos: o fechado⁷, o semi-aberto⁸ e o aberto⁹. O rol das penas e as modalidades de cumprimento da pena privativa de liberdade estão disciplinados, respectivamente, nos arts. 32 e 33 do Código Penal¹⁰.

Renato Flávio Marcão entende que somente a matéria que exige pronunciamento jurisdicional fica confinada aos incidentes de execução, e, nessa perspectiva, inserem-se todas as situações nas quais se estabelece o conflito de

⁴ As penas privativas de liberdade se dividem em reclusão, se a pena imposta for superior a 8 anos, hipótese em que o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado. Sendo a reclusão superior a 4 anos, mas não exceder a oito, o regime inicial será o semi-aberto. Para 4 anos ou menos, o executado iniciará o cumprimento da pena em regime aberto. A segunda modalidade de pena privativa de liberdade é a detenção. Em se tratando da pena de detenção, se essa for superior a 4 anos, o regime inicial de cumprimento da pena será o semi-aberto; para pena de detenção igual ou inferior a 4 anos, o regime inicial será o aberto. A prisão simples é prevista para as contravenções penais.

⁵ As penas restritivas de direito estão previstas no art. 43 do Código Penal.

⁶ A pena de multa aparece como uma alternativa à pena de prisão e sua aplicação consiste na obrigação de pagar ao fundo penitenciário, ou à alguma instituição determinada pelo Juiz da condenação, quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. A pena de multa aparece previamente cumulada em abstrato no tipo penal ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, sendo, nesse caso, a única sanção subsistente, desde que a privação de liberdade não ultrapasse um ano.

⁷ O condenado cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

⁸ Nesse regime, a pena é cumprida em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

⁹ O executado trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em casa do albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

¹⁰ Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

interesse entre o Estado e o condenado (Cf. MARCÃO, 2004, p.254). Esclarece o autor:

Embora a Lei de Execução Penal se refira apenas à comunicação apenas da decisão que determina o isolamento como sanção disciplinar pelo cometimento de falta grave, quer-nos parecer que toda punição a esse título deva ser comunicada de imediato ao juiz da execução, já que a prática de falta grave, seja ela qual for, enseja conseqüências as mais variadas no curso da execução da pena, tais como a regressão de que cuida o art. 118, I; a revogação da autorização de saída temporária, consoante dispõe o art. 125; a perda dos dias remidos, regulada pelo art. 127; a revogação do livramento condicional, no caso de crime praticado durante a vigência do benefício, a rigor do disposto no art. 140, da LEP, c/c o art. 86, I do CP, e a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade, a teor do disposto no art. 181, § 1.º, d. Em se tratando da sanção prevista no inciso V do art. 53 da LEP, a desnecessidade de comunicação ao juiz da execução é manifesta, já que tal sanção somente poderá ser aplicada pelo próprio juiz da execução (...) (MARCÃO, 2004, p. 44).

Por opção metodológica, apenas serão analisados, no âmbito deste trabalho, o incidente de Regressão de Regime conforme disposto no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, o qual ocorrerá sempre que o condenado praticar fato definido como crime doloso ou cometer falta grave. Trataremos dos temas separadamente.

2.3.1 Os institutos da progressão e regressão de regime

O Código Penal adotou o sistema progressivo de cumprimento da pena, preconizando no § 3.º do art. 33 que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”, observando a transferência do condenado, de um regime mais severo para outro, menos rigoroso. Por seu turno, o art. 112 da Lei estabelece que o condenado progredirá do regime fechado para o regime semi-aberto, e deste para o aberto, quando tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior.¹¹

¹¹ De consignar, o art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) renunciava a vedação da progressão de regime, impondo o cumprimento dos crimes previsto na lei no regime integralmente fechado. Agora, o art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) tem nova redação, dada pela Lei 11.464/07. Publicada em 29 de março de 2007, admite a progressão de regime prisional quando se tratar de condenação por crime hediondo e seus equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo). A redação original do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, a qual impossibilitava a progressão, foi alterada, para que a pena, proveniente de tais crimes, seja cumprida inicialmente em regime fechado. O § 2º, do mencionado artigo passou a determinar, para que seja possível a progressão do regime, o cumprimento de 2/5 da pena e para apenados primários e 3/5 para reincidentes.

Os requisitos para a concessão do benefício da progressão são objetivos (expressamente constantes da lei) e subjetivos (aspectos relativos ao mérito ou condições pessoais do condenado e boa conduta carcerária comprova por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento penal). O requisito objetivo que estará sempre presente é o fator tempo. Desta maneira, para a obtenção do benefício de saídas temporárias (visita à família, realização de curso secundário e profissionalizante, realização de curso superior ou atividades que concorram para o retorno do condenado à sociedade), o condenado deve cumprir 1/6 da pena, se primário, e 1/4, se reincidente. Para o livramento condicional¹², deve cumprir 1/3 da pena. Todavia, nenhuma progressão de regime prescinde do requisito subjetivo. Se for reincidente em crime doloso, o requisito temporal será o cumprimento de metade da pena. O art. 112 da Lei de Execução Penal deixou de exigir expressamente o mérito, bastando a comprovação de bom comportamento carcerário. Todavia, o atestado agora exigido não deixa de ser uma forma de estabelecer uma prognose sobre os atos do executado (Cf. MARCÃO, 2004, p. 116).

A respeito, esclarece Flávio Marcão que o requisito subjetivo, mérito e exame criminológico, era obrigatório para a progressão do regime fechado ao semi-aberto. Contudo, vários fatores eram utilizados para sua aferição. No particular, informa o autor, já se negou progressão quando averiguado que o apenado persistia em afirmar sua periculosidade, a qual se manifestada por sinais de hostilidade latente. Dentre outras razões para a negativa da progressão encontra-se também:

quando evidenciada a inaptidão pessoal do apenado, por informe que lhe prejudicavam a satisfação do requisito subjetivo, acossada pelo cometimento de faltas graves (fuga no curso de anterior benefício, seguida de posse de 'maconha' no interior do presídio, depois de recapturado); quando elaborava crítica relativa à prática delituosa e tinha dificuldade para lidar com suas limitações e frustrações; quando o exame criminológico revelava desequilíbrio emocional, havendo demonstrado o preso não possuir constrangimento pelos atos delituosos cometidos e não se sentir obrigado a conformar-se com os padrões vigentes da vida gregária. A prática de falta grave no cumprimento da pena sempre impôs óbices à progressão de regime prisional." (MARCÃO, 2004, p. 115).

¹² O livramento condicional é um instituto previsto no Código Penal e na Lei de Execução Penal, mediante o qual o sentenciado cumpre o restante da pena em liberdade, mediante certas condições a serem fixadas na sentença. O lapso temporal para a concessão do benefício varia de acordo com a natureza do crime da condenação com a reincidência. Para os primários, por exemplo, é exigido o cumprimento da 1/3 da pena, enquanto para os reincidentes, metade da pena.

Paulo Lúcio Nogueira, adotando posicionamento que se firma nas teorias retributivistas ¹³ entende

estar havendo muita tolerância na apreciação do requisito objetivo, quando deveria haver mais rigor, pois condenados com penas longas [...] não devem ser favorecidos com a progressão pelo simples fato de terem cumprido um sexto, mas deve-se exigir o cumprimento de mais tempo, já que esse mínimo deve ser aplicado em casos de condenação menos longa, sob pena de indevido favorecimento. (NOGUEIRA, 1994, p. 293).

Por um lado, informa Renato Flávio Marcão, o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena

pode autorizar sua progressão até que alcance a liberdade definitiva, a *ausência de mérito* é causa determinante de sua *regressão*, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer, a regressão acarreta o retorno ao regime semi-aberto, estando o condenado no aberto, ou ao fechado, se na ocasião se encontrar no regime intermediário ou semi-aberto. (MARCÃO, 2004, p. 138/139)

A concessão da progressão de regime vai depender, conforme determina o art. 112 da Lei de Execução Penal, de prévia oitiva do Ministério Público.

O instituto da regressão de regime, por seu turno, importa na transferência do condenado para um regime mais rigoroso de cumprimento de pena. Tal medida afeta o cumprimento da pena na execução, revelando-se extremamente danosa aos

¹³ Oportuno o esclarecimento de Mireille Delmas-Marty: “A vingança ou retribuição é freqüentemente confundida hoje com a autodefesa em sua forma exterior de política privada. Como tal, ela é então retratada como uma forma pré-histórica da justiça penal, extravagante e destruidora, que representa, com a escalada da vingança, a própria imagem da violência desmedida, ‘ameaça bastante real no universo primitivo’, ameaça que apenas o sacrifício de um inocente ou o castigo legal do culpado permitirá controlar (Girard, 1972). Ora, a vingança certamente só pode ser compreendida com a dupla condição ‘por um lado, de renunciar a entendê-la em termos de evolução, e, por outro lado, de não ver nela senão um simples modelo operatório que permite analisar as regras do sistema social da violência e da contra-violência em um dado sistema normativo’ (Verdier, 1981). Na realidade, na resposta retributiva, é o grupo social, e não a vítima individual, que se exprime. A confusão surge, sem dúvida, do fato de que, tanto na resposta retributiva, quando na auto-defesa, explodem o ódio e o ressentimento diante da infração, mais aparentes aqui do que na penumbra das respostas estatais. Mais aparentes em virtude do caráter bastante concreto das relações sociais, próprio das sociedades sem Estado. Mas a vingança não é apenas ódio. Sobre esse ódio, que exigiria apenas infligir um mal ao ofensor para o prazer do ofendido, acrescenta-se a razão. E a razão convida a responder à ofensa para proteger sua própria identidade, seu próprio poder, que precisamente as sociedades sem Estado nunca garantem definitivamente, por falta de conceitos permanentes, como o da personalidade jurídica. [...] Ódio e razão, razão dinamizada pelo ódio, a vingança funcionada, portanto, segundo esta relação de troca entre o ofensor e o ofendido. Diante do autor da infração-desvio, a vingança é uma tática de exclusão e, eventualmente, de contra-exclusão, que privilegia, assim, a infração em todo comportamento de afastamento das normas”. (DELMAS-MARTY, Mireille *in* SPENCER, 2005, p. 314)

interesses do condenado. As hipóteses de regressão de regime estão dispostas no art. 118 da LEP e ocorrerão sempre que o executado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, descrições que revelam a existência do *bis in idem* na execução penal. Outras situações ocorrem quando o condenado sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena, torne incabível o regime; ou, estando no regime aberto, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Por fim, a hipótese prevista no inciso II nos remete, inicialmente, ao estudo da unificação dos regimes e consiste em que, aquele que esteja cumprindo pena no regime aberto, e sendo condenado por fato posterior ao início da execução da pena no regime fechado, terá os regimes da pena unificados em um único, que, à obviedade da lei, será o mais grave. Situação mais complexa, contudo, ocorrerá quando o executado sofrer nova condenação depois de iniciada a execução decorrente de fato anterior ao da execução. A ocorrência de incompatibilidade de regimes, ou ainda que o regime seja o mesmo em que o condenado se encontra, determinará a apuração do requisito temporal, conforme disposto no art. 111 da LEP. Assim, alguém que tenha cumprido o requisito temporal para a regressão de regime não precisa ser regredido, mesmo que o restante da pena seja superior a oito anos.¹⁴

2.3.2 A regressão de regime prisional pela prática de fato definido como crime doloso

Consoante dispõe o inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, a regressão de regime prisional ocorrerá pela prática de fato definido como crime doloso. Infere-se do teor do artigo que a simples prática de fato definido como crime acarretará a regressão, não exigindo a lei que o executado tenha sido condenado pela prática do referido crime.

¹⁴ “Alguém condenado a 15 anos após 4 anos é condenado novamente a 3 anos. O restante da pena é superior a 8 (que é de 15 anos) e não impede a progressão, eis que somadas as penas restará cumprido o requisito para a progressão”. (MESQUITA JÚNIOR, 2005, p. 273).

Frise-se que tal possibilidade direciona tanto para os condenados que cumprem pena privativa de liberdade quanto para aqueles submetidos às penas restritivas de direito.¹⁵

Para Júlio Fabbrini Mirabete, havendo prática de crime, devem ser instaurados dois processos, penal e administrativo que, resultando de sanções diferentes, não violarão o princípio do *non bis in idem*, porque segundo a melhor doutrina (*sic*), constituem infrações a ordenamentos jurídicos diversos, de direito penal e de execução penal (MIRABETE, 2004, p. 145).

Nesse ponto do trabalho, apontaremos algumas interpretações descomprometidas com os postulados do Estado Democrático de Direito. Parte da doutrina entende que a regressão de regime proveniente da atribuição de cometimento de fato definido como crime doloso prevalecerá independentemente de condenação e consistirá em mera sanção administrativa, todavia, decidida pelo juiz da execução. A corroborar tal entendimento, está Alexis Augusto Couto de Brito (BRITO, 2006, p. 241), acompanhado por Sídio Rosa de Mesquita Júnior:

A lei não contém palavras vãs. Dessa forma, a norma, ao deixar de tratar simplesmente da regressão decorrente de crime, excepcionou, possibilitando a regressão de regime antes da decisão sobre o novo fato. Destarte, o Juiz da Execução poderá regredir o condenado de regime, antes mesmo da instauração de processo penal. (MESQUITA JÚNIOR, 2005, p. 275).

Filia-se o supracitado autor àqueles que entendem que a decisão que aplica a sanção disciplinar tomada no campo administrativo encontra-se dissociada da decisão proferida na esfera do processo penal. Todavia, ressalta, para que a sanção disciplinar proferida pela administração seja aplicada, deve-se assegurar ao preso o exercício da ampla defesa, podendo este se valer de todos os meios de prova previstos em lei, a fim de provar sua inocência. O problema, registra, encontra-se na seguinte questão: “e se o condenado for punido administrativamente, em

¹⁵ A título explicativo, as penas restritivas de direitos têm a mesma duração da pena privativa de liberdade e podem ser aplicadas na própria sentença, pelo juiz do processo de conhecimento ou substituídas pelo juízo das execuções penais. A fiscalização do cumprimento da pena restritiva de direitos fica a cargo da autoridade responsável pela medida e somente no caso de inadimplência injustificada será esta convertida em privativa de liberdade, nos regimes e limites já estabelecidos nos itens anteriores, deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

decorrência de um fato, mas for absolvido, em Juízo, pelo mesmo fato?” (MESQUITA JÚNIOR, 2005, p. 275). Nesse sentido, pontua o autor:

Entendemos que a decisão penal não poderá prejudicar o *decisum* administrativo. Neste, a flexibilidade das decisões é muito maior, pois na processualidade administrativa é informal. Não bastasse, o administrador poderá valer-se de seu poder discricionário.

O condenado ficará sujeito à regressão de regime, já o dissemos. Ela é comum, mas não pode ser desejada, sem a existência de um fato concreto que a viabilize, visto que o escopo maior da execução penal é a completa integração social daquele que praticou o crime. (MESQUITA JÚNIOR, 2005, p. 275).

Esclarece, concluindo, que a execução penal era primeiramente da competência do Poder Executivo, não restando dúvidas de que a execução penal passou a ser jurisdicionalizada. Contudo, apesar da aptidão da jurisdicionalidade, tal fato não torna a decisão do Juiz da Execução em decisão propriamente jurisdicional, notadamente porque muitas vezes o objetivo visado com a decisão é meramente administrativo. Para o autor, no Direito de Execução Criminal, essa preponderância se revela ainda mais acentuada, tendo em vista a íntima relação desse ramo do Direito com o Direito Administrativo, até porque, quem aplicará a sanção é a autoridade administrativa (MESQUITA JÚNIOR, 2005, p.275).

Renato Flávio Marcão adota o posicionamento de que sendo a regressão de regime medida extrema, imperioso proceder à oitiva do sentenciado, permitindo-lhe o exercício pleno de sua mais ampla defesa, observando, ainda, o contraditório constitucional. O desrespeito a tais princípios acarretaria flagrante e odioso constrangimento ilegal (MARCÃO, 2004, p.143). A corroborar tal compreensão, o autor cita julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Não há necessidade, contudo, de abrir margem à ampla produção de provas, como verdadeira fase instrutória, pois, 'para a regressão de regime prisional pela prática de crime doloso ou falta grave, estabelece o art. 118, 2.º, da LEP, apenas a prévia oitiva do sentenciado, para que justifique seu ato e possa ser avaliado pelo Juízo das Execuções, não se exigindo o contraditório ou a aplicação do art. 5.º, LV, da Constituição Federal, consistindo a atividade administrativa na apuração sumária do fato tido como grave, sem que isso viole o princípio constitucional mencionado, bastando a própria vontade sabida para gerar a regressão, desde que formalizada' (TACrimSP, AE 1.024.441/5, 5.ª Câ., rel. Juiz Geraldo Lucena, j. em 11-3-1998, v.u., *RJTACrimSP*, 36/38)

Contudo, acentua o mesmo autor o seguinte ponto de vista sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência no caso de cometimento de crime pelo sentenciado:

Como não poderia deixar de ser, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, por revelar, entre outras coisas, o elevado grau de desajustamento de seu autor aos padrões de conduta social, e seu descaso com a disciplina a ser mantida no estabelecimento prisional, de cujo dever também é sabedor.

Não é necessário aguardar a condenação, tampouco o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não há violação do princípio segundo o qual ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5.º, LVII, da CF). Basta a prática do crime doloso (MARCÃO, 2004, p. 34).

Cumprido registrar, nesse ponto, que a questão posta pela doutrina torna-se relevante para apreciar a existência ou não de um possível processo na execução penal. Pelo exposto anteriormente, verifica-se que o estudo dos princípios presentes no modelo constitucional de processo, tem se efetivado numa perspectiva meramente formal, sem a observância de que nos encontramos em um Estado Democrático de Direito, distanciada, portanto, da consistente abrangência dos direitos processuais na atual ordem jurídica. A discussão sobre tal concepção será retomada e ampliada no item 4.3.

Por fim, a prática de fato previsto como crime doloso não poderia ocasionar, de maneira instantânea a aplicação de uma sanção disciplinar, ao se levar em consideração a substância penal desta última (Cf. ROIG, 2005, p. 153). Ademais, prossegue Rodrigo Duque Estrada Roig:

Não há que afastar, do processo de execução penal, a incidência do princípio da presunção de inocência, sob o fundamento de que este somente se aplicaria em sede cognitiva, por arrefecer juntamente com o exaurimento da atividade decisória. Primeiramente porque a execução penal, desde 1984, encontra-se jurisdicionalizada. Ademais, sendo um preceito de índole constitucional, a presunção de inocência se espraia por todo o ordenamento jurídico, podendo ser invocada sempre que estiver envolvido o direito fundamental de liberdade, independentemente da natureza do processo (ROIG, 2005, p. 153).

Antes de adentrarmos no tema subsequente, faz-se necessário apontar que a regressão de regime pela prática de fato definido como crime doloso revela-se extremamente gravosa ao sentenciado, verificando-se, em muitas situações

concretas, verdadeira aplicação de pena sem condicionamento ao processo, genuína garantia fundamental. Voltaremos ao tema no capítulo seguinte.

2.3.3 A regressão pela prática de falta grave

A lei da Execução Penal prenuncia uma ordem de valoração das faltas disciplinares classificando-as em leves, médias e graves. As faltas leves e médias são irrelevantes para a pesquisa. As faltas graves, por sua vez, repercutem na vida do estabelecimento prisional e no quadro geral da execução, justificando a regressão de regime que consiste na transferência do condenado para regime mais rigoroso, sendo, desta maneira, equiparadas à prática de fato definido como crime, conforme preceitua o art. 118 da Lei. Sua ocorrência obriga a autoridade administrativa a representar perante o juiz da execução (parágrafo único do art. 48) para definir sobre a regressão (Cf. MARCÃO, 2004, p. 33).

A referida lei prevê as seguintes ocorrências de regressão de regime por cometimento de falta grave, sempre que o condenado à pena privativa de liberdade: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; e VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei, que são, respectivamente, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

O cometimento de falta grave no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade provoca o reinício da contagem a partir da data de seu cometimento, na fração de um sexto da pena como requisito objetivo da progressão (Cf. MARCÃO, 2004, p. 120).

Provoca perplexidade que a primeira das faltas graves enumeradas, “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”, uma vez cometida pelos presos, resulte na aplicação da sanção administrativa disciplinar. Sem dúvida, apresenta constitucionalidade duvidosa, vez que inadequada ao princípio da legalidade. As expressões “incitar”, “subverter a ordem” e “subverter a disciplina” necessitam de maiores esclarecimentos por trazerem expressões de difícil

compreensão, imprecisas e de múltiplas interpretações. No mesmo sentido, as expressões “inobservância de deveres de obediência” e “inobservância das ordens recebidas”. (Cf. FERREIRA; RAYA, 2004, p. 265).

Para Rodrigo Duque Estrada Roig, a indeterminação semântica utilizada na descrição das faltas graves deixa implícito que a “integridade da instituição cárcere” não pode ser desafiada por atos subversivos de internos, sendo imperiosa a inflexível punição dos faltosos (ROIG, 2005, p. 148). Continua o doutrinador:

Em lugar de um julgamento disciplinar fundado na objetividade jurídica da falta, realiza-se uma autêntica anamnese da periculosidade do autor frente à incolumidade estrutural da prisão, em que a falta é tida como um desvio antagônico aos fins colimados pela execução e o preso é tratado como um foco infeccioso no interior do ‘sadio’ organismo do cárcere.

Exemplo dessa assertiva reside na arraigada prática judicial de somente se deferirem os ‘benefícios’ da execução após o esclarecimento integral da folha criminal do apenado, mesmo que este já tenha cumprido os requisitos objetivos e subjetivos legais necessários. Tal medida traduz, evidentemente, a criação de um requisito *extra legem* (de mais um óbice, portanto) à fruição de direitos atinentes à liberdade, que por certo, viola o princípio da estrita legalidade, sem mencionar a problemática acerca da presunção da inocência. Partindo-se da premissa de que o enclausuramento deve ser visto como *ultima ratio*, limitando-se às hipóteses de extrema necessidade, não se justifica a inversão do ônus da prova do Estado para o indivíduo, no tocante ao esclarecimento de sua situação jurídica. A partir do momento em que o apenado cumpre absolutamente todos os pressupostos legais necessários à fruição de um determinado direito em sede de execução penal, o ônus da prova de qualquer fato obstativo desse direito deve pertencer exclusivamente ao Estado-Administração, que por sinal deveria diligenciar no sentido do aclaramento da situação jurídica antes do implemento dos referidos requisitos. (ROIG, 2005, p. 145/146)

Há no presente caso um exemplo claro de indeterminação conceitual jurídica não resolvida pela inconsistente definição de disciplina trazida pela própria Lei de Execução Penal, e a “amplitude semântica proporcionada pela descrição típica do art. 50 da LEP é indubitavelmente um fator de desestabilização das garantias dos reclusos” (Cf. ROIG, 2005, p. 143). Da mesma forma, a noção de ordem carece de objetividade, sendo pautada por parâmetros que, na realidade, são determinados casuisticamente (Cf. ROIG, 2005, p. 142).¹⁶ Essa é também a compreensão de Nilo Batista, *verbis*:

¹⁶ Esclarece também o autor que “Isto porque as decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de predeterminações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo”. [...] “Esses dispositivos legais possuem dois aspectos em comum com as normas disciplinares indeterminadas e flexíveis, de maneira nitidamente utilitaristas, segundo a necessidade de adoção de uma política criminal manipulável, em detrimento da segurança do apego à taxatividade legal, em prol de um ‘bem

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais 'genéricos e vazios', valendo-se de 'cláusulas gerais' ou 'conceitos indeterminados' ou 'ambíguos', equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. (BATISTA, 2001, p. 78)

A segunda das faltas graves previstas para os condenados à pena privativa de liberdade é a fuga. A evasão, com ou sem violência é penalizada pela Lei de Execução Penal.

Ainda mais espantoso se revela o teor do parágrafo único do art. 49, ao preceituar que tentada ou consumada a conduta que ensejou a falta disciplinar grave, ainda assim caberá a sanção sem qualquer abrandamento, punindo a tentativa com a mesma pena prevista para o crime consumado (art. 49, parágrafo único da LEP). A Lei de Execução Penal pune a tentativa de qualquer falta disciplinar, inclusive a fuga. Paradoxalmente, registre-se, não se aplica a regra do art. 14 do Código Penal, parágrafo único, o qual especifica que, no caso de tentativa, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado diminuída de um a dois terços. Propício, nessa perspectiva:

A subversão do princípio da lesividade, a partir da punição de condutas que não afetem qualquer bem jurídico, a violação do princípio da legalidade (na modalidade *nullum crimen nulla poena sine lege certa*), em decorrência da vasta utilização de conceitos jurídicos indeterminados, bem como o desrespeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em virtude da punição de faltas tentadas com as mesmas penas das consumadas, refletem a tônica da normatividade disciplinar da Lei de Execução Penal [...] (ROIG, 2005, p. 142).

Incoerentemente, Renato Flávio Marcão adota ponto de vista no qual referida regra do Código Penal, impondo a redução da pena em matéria de crime tentado, em hipótese alguma poderá ser ampliada para a execução penal por que a lei de execução penal possui campo próprio de aplicação, assim como o Código Penal:

maior', a defesa da sociedade. Frise-se, por oportuno, que a punição do indivíduo nos termos deste dispositivo depende do completo alvedrio da autoridade penitenciária, a quem compete a interpretação acerca do que desestabiliza ou não a ordem e a disciplina carcerárias, gerando infundáveis incertezas. Trata-se, afinal, de um silogismo deformado, em que a premissa maior é representada pela norma disciplinar tutora da ordem e disciplina e a premissa menor, pela conduta tida como subversiva, inferindo-se a conseqüente aplicação de sanção disciplinar por falta grave." (ROIG, 2005, p. 143)

Referida regra em hipótese alguma pode ser ampliada para o campo da execução penal, mesmo que se sustente que em caso de crime, que é mais grave, ocorre o abrandamento, e que por questão de lógica e proporcionalidade tal deveria ocorrer, em sede de sanção disciplinar. A Lei de Execução Penal tem campo próprio de aplicação, assim como o Código Penal. É bem verdade que muitas regras, de um e de outro diploma, muitas vezes devem ser combinadas para a solução de questões jurídicas. Mas, no particular, não é o caso (MARCÃO, 2004, p. 33).

Conveniente ressaltar, além da ocorrência de falta grave originar a regressão de regime, poderá levar o sentenciado a cumprir regime disciplinar diferenciado por até 360 dias, conforme dispõe o art. 52 da Lei de Execução Penal, com as modificações introduzidas pela Lei 10.792/2003 que, ao alterar a Lei 7.210/84, usa expressões tais como:

“autor de fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas” ou que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” ou ainda “sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”¹⁷.

A inserção no Regime Disciplinar Diferenciado pode ser renovada em caso de nova falta grave da mesma espécie, sendo possível alcançar o limite de um sexto da pena aplicada.

Adequado o esclarecimento de Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutinõ Raya de que existem inúmeros delitos previstos no Código Penal cuja lesividade sobrepuja àquelas previstas para a aplicação dos 360 dias em regime disciplinar diferenciado. Todavia, as sanções para tais crimes apresentam patamares inferiores, como se verifica no crime de lesão corporal, cuja pena de detenção varia de 3 meses a 1 ano. No crime de perigo de contágio de moléstia venérea, a pena também varia no mesmo patamar do crime anterior.

Pela mesma linha, o crime de maus-tratos, cuja conduta é expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a de alimentação ou cuidados dispensáveis, sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, a pena imposta varia de 2 meses a um ano, ou multa.

¹⁷ Cf. art. 52, I, §§ 1.º e 2.º, da Lei 7.210/84, com as alterações inseridas pela Lei 10.792/2003.

No mesmo sentido, os crimes de rixa, com pena de detenção de 15 dias a 2 meses, ou multa e o crime de constrangimento ilegal, cuja pena varia de 3 meses a 1 ano, ou multa substitutiva. O que precisa ser acentuado no regime disciplinar diferenciado, é que a sanção administrativa pode alcançar até um sexto da pena aplicada, o que revela clara incongruência ao prever sanções superiores àquelas previstas para diversos delitos prescritos no Código Penal Brasileiro.

A aplicação do art. 52 conduzirá à seguinte situação de perplexidade: detentos que cometeram crimes de lesão corporal, maus-tratos e constrangimento ilegal contra presos provisórios ou condenados, por exemplo, serão apenados com sanção de no máximo 1 (um) ano de detenção, podendo o magistrado permitir o cumprimento dessa reprimenda em regime semi-aberto, ou efetuar o pagamento de multa. Frise-se que tais práticas são comuns nas unidades prisionais.

Entretanto, o preso que vier a praticar as abstratas e indeterminadas condutas de incitar movimento de subversão à ordem ou à disciplina; inobservar os deveres de obediência a servidores e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; ou então inobservar as tarefas e ordens recebidas, ou forem classificados sob o impreciso conceito de subversor da ordem ou da disciplina poderão se sujeitar ao regime disciplinar a 360 dias a serem cumpridos em celas de segurança. (FERREIRA; RAYA, 2004: p. 268/270).

Prossegue a Lei de Execução Penal afirmando que a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem constitui falta grave, tratando-se de mais um exemplo de um tipo genérico, permitindo, também, inúmeras interpretações. Com a acolhida de tal conteúdo, fulminada está a ocorrência do contraditório na execução penal, vez que designações valorativas são impossíveis de contestação pelo executado.

As outras faltas graves consistem em provocar acidente de trabalho, não se sabe se dolosas ou oriundas de culpa; descumprir no regime aberto as condições impostas na sentença; inobservar o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, norma que evidencia um autoritarismo e a subserviência irrestrita do apenado. Nesse sentido, adequada a advertência de Beccaria:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz e a sociedade não lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.

Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2003, p. 37)

Andrei Zenkner Schmidt remete à compreensão de que a interpretação jurisdicional das normas insertas na execução penal frequentemente apresenta-se viciada metodologicamente pela confusão entre direito e moral em razão da defesa de uma criminologia da defesa social, a qual prescreve a defesa da sociedade mesmo que em detrimento de garantias individuais fundamentais (SCHMIDT, 2002, p.84). Para o autor, os princípios constitucionais vêm sendo reconhecidos em outras áreas do direito e ignorados na execução penal cuja situação é agravada, porque, nesses procedimentos, o arbítrio estatal é corroborado por um sentimento social de vingança:

[...] a atividade hermenêutica na execução penal, a fim de atingir essa (inconstitucional) defesa social, acaba interpretando uma norma infraconstitucional sem levar em consideração, ao mesmo tempo, a Constituição Federal. É lamentável que, ainda hoje, tenhamos tantas ilegalidades praticadas: ampla defesa, contraditório, culpabilidade, lesividade, humanidade e tantos outros princípios, que são fruto de séculos de sofrimento do homem perante opressões estatais absolutistas, ainda hoje são ignorados durante a execução da pena. Nesse contexto, é tarefa da doutrina, das universidades e de todas as instituições que com o Direito Penal convivem perceberem que, num Estado Democrático de Direito, toda lei penal encontra-se vinculada formal e substancialmente, assim como todos os Poderes também estão com as mãos atadas aos *direitos fundamentais*. (SCHMIDT, 2002, p.113).

Na perspectiva em destaque, é lamentável, pondera o autor, que o processo de execução penal, ao menos no plano fático, ainda seja visto como um processo administrativo, em que o processado (nas intercorrências ou incidentes) não necessite ser representado por um advogado. E complementa que ainda que fossem considerados como verdadeiro processo administrativo, ainda assim “muitos processos de execução criminal seriam nulos, visto que os presos não são notificados do conteúdo dos laudos da EOC e da CTC ¹⁸ para se manifestarem antes da decisão” (SCHMIDT, 2002, p. 112). Como reforçado, a ampla defesa e o contraditório existem em processos administrativos, de acordo com a nossa Constituição da República.

¹⁸ Equipe de Observação Criminológica e Comissão Técnica de Classificação.

Como visto, o presente capítulo preocupou-se unicamente em esclarecer os institutos presentes na execução penal. O próximo capítulo apontará a crítica e estabelecerá uma desconstrução do modelo de execução penal, a partir da denúncia de uma política de encarceramento máximo e da desconstrução das compreensões de jurisdicionalização e da percepção de processo, haja vista a atribuição desses dois institutos ao domínio da execução penal por parte da dogmática jurídica.

3. INAPLICABILIDADE DA EXECUÇÃO PENAL COMO PODER-DEVER ESTATAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste segundo capítulo, como ressaltado, introduziremos uma crítica à execução penal a partir de duas perspectivas distintas. Primeiramente, apontaremos a política de penalidade neoliberal como um dos fatores que agravaram as restrições de direitos na esfera da execução: o Estado Penal em voga. Após, estabeleceremos o equívoco das noções de jurisdição e de processo adotadas pela maior parte da doutrina que estuda a execução penal. Com o propósito de situar a crítica, retomaremos a compreensão de execução penal desenvolvida no capítulo antecedente.

Como assinalado, a dogmática jurídica vai transitar entre a existência de um procedimento administrativo e de um procedimento jurisdicional na execução penal. O que chama a atenção é que as noções de procedimento, seja este administrativo ou jurisdicional, revelam-se inadequadas ao paradigma no qual nos encontramos. Não se pode, até este momento dos estudos, identificar na execução penal a existência sequer de mero procedimento, notadamente porque a Constituição Federal estabelece que nos procedimentos, inclusive administrativos, serão assegurados aos litigantes o direito ao contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, não ocorre nem mesmo procedimento administrativo, porque este se encontra condicionado aos princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões. Afinal, é o direito de liberdade do preso que se encontra em jogo. Também não ocorre, como visto, processo jurisdicionalizado, ilação que terá desenvolvimento no corpo deste item.

Em sua maioria, os adeptos da tese da jurisdicionalidade na execução penal firmam-se em três argumentos que foram sintetizadas por Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr. (1995). O primeiro deles diz respeito ao desenvolvimento autônomo da Ciência Penitenciária, indicando que esta se firma a partir do instante em que a pena passou a ser vista não apenas como retribuição e prevenção, mas meio pelo qual se busca a reintegração do condenado na sociedade. A partir disso, os conceitos próprios que foram sendo desenvolvidos pela Ciência Penitenciária, tais como a questão da

superpopulação carcerária, a falência do sistema prisional e a confirmação de que o deferimento de determinado benefício se constituía muito mais uma faculdade do Estado do que um direito individual do sentenciado, contribuíram para a afirmação acima retratada (CINTRA JR., 1995, p. 117).

O segundo argumento revela uma preocupação com a “demanda por efetividade da ordem constitucional e por proteção concreta dos direitos fundamentais”, os quais “devem ser mais que ornamentos de uma ordem apenas formalmente democrática para adquirir uma dimensão promocional, própria do direito moderno, numa relação dialética com os fatos sociais” (CINTRA JR., 1995, p. 117/118). Nesse aspecto, esclarece o autor, sobressai a preocupação com a atuação concreta do direito e do desenvolvimento de seus conceitos, que têm a ver com a instrumentalidade e deformalização do processo, e arremata, com apoio em Cândido Rangel Dinamarco, a respeito da reconstrução da ideia de poder: “Sendo o poder uma ‘inerência do Estado’, a jurisdição passou a ser encarada apenas uma ‘expressão’ de tal poder” (CINTRA JR., 1995, p. 118).

O derradeiro argumento apreciado pelo autor remete aos “novos rumos do processualismo a partir de um entendimento do processo enquanto instrumento de realização de justiça”, revelando-se, por conseguinte, o de maior complexidade teórica, demandando críticas consistentes. Diante disso, prenuncia o autor que as bases legais da jurisdicionalização vieram com a edição da Lei 7.210/84, que em seu art. 2.º, deixa evidente que “‘jurisdição’ e ‘processo’ (= instrumento da jurisdição)” (CINTRA JR., 1995, p. 120). E desta forma, sintetiza:

Depois, o art. 66 detalha a competência do juiz da execução, não exaurindo, porém o elenco de hipóteses, havendo outras na própria Lei de Execução, no Código Penal e de Processo Penal, e as demais que poderão surgir em decorrência da sistemática que faz do juiz o garante dos direitos individuais do preso. (sim, é isso mesmo. Ele quis dizer que o juiz é o garantidor)

[...]

Claro está que a intervenção do juiz na execução penal é sempre jurisdicional e ampla, intermediando desde o nascedouro, como sujeito imparcial da relação jurídica, o conflito entre Ministério Público – que representa os interesses do Estado-Administração em executar a condenação – e o condenado, que são as partes. (CINTRA JR. 1995, p. 120)

De maneira geral, a doutrina também se firma nessa mesma concepção de jurisdicionalidade, ou seja, jurisdicionalidade como intervenção do juiz quando do surgimento de um conflito entre partes.

Por conseguinte, desde já três categorias de ideias podem ser elaboradas: i) a execução penal encontra-se assentada numa noção de poder-dever do Estado; ii) a concepção de processo como instrumento da jurisdição e iii) a noção (sim, é isso mesmo) de jurisdicionalidade centrada na figura do juiz como único sujeito processual garantidor dos direitos individuais das partes e detentor da melhor solução: um intérprete privilegiado. Necessário salientar, tais compreensões denunciam a execução penal como um local de arbítrio e não se compatibiliza com a concepção de processo e de jurisdição acolhidos pelo Estado Democrático de Direito. Exporemos a respeito dos temas, separadamente, nos tópicos seguintes. Passamos, pois, a direcionar a crítica.

3.1 Uma crítica introdutória ao sistema de execução penal como “instituição total”

Ao iniciar a crítica, necessário se faz esclarecer a utilização do termo “instituição total”. O termo foi cunhado pelo sociólogo Erving Goffman, que estabeleceu a forma como as instituições, no sentido comum atribuído a elas, se revelam locais nos quais ocorrem atividades de determinado tipo, algumas abertas a quem quer que se comporte de maneira adequada, ao passo que outras restringem um pouco mais a frequência em seus interiores. Nesse sentido, toda instituição conquista parte de seus participantes e lhes fornece algo de um mundo. Algumas teriam predisposição ao fechamento (GOFFMAN, 2001, p. 15/16).

Ao propor a investigação a algumas instituições de nosso tempo, Goffman identificou que algumas são muito mais fechadas que outras, fechamento esse também denominado “caráter total”, simbolizado pela “barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fosso, água, florestas ou pântanos.” (GOFFMAN, 2001, p. 16). A essa modalidade de instituição, Erving Goffman atribuiu o nome de instituições totais, que podem ser assim identificadas: a) aquelas criadas para cuidar de pessoas ditas incapazes e

inofensivas, nesse sentido se encaixam as casas para velhos, cegos, órfãos ou indigentes; b) locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas, mas que representam uma ameaça à sociedade: sanatórios, hospitais para doentes mentais e leprosários; c) o terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a sociedade contra perigos intencionais: penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração - frise-se que nessa modalidade de “instituição total” o bem-estar dessas pessoas não se revela um problema imediato; d) aquelas estabelecidas para realizar algum trabalho: quartéis, navios, escolas internas; e, por fim, e) estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo: abadias, mosteiros, conventos etc. (GOFFMAN, 2001, p. 16/17)

A primeira das características das “instituições totais” é a ruptura das barreiras que geralmente separam três esferas da vida: a disposição que o indivíduo tem de dormir, brincar e trabalhar em locais diferentes, com co-participantes também diferentes. Via de regra, cada uma dessas fases é desenvolvida perante um universo grande de pessoas, as quais são tratadas da mesma forma e obrigadas a desenvolver as mesmas coisas em conjunto. Além disso, essas atividades são organizadas num plano racional único, visando atingir objetivos oficiais da instituição. A par disso, há um controle das necessidades humanas pela organização burocrática de tal forma que, quando as pessoas se movimentam nessas “instituições totais”, são supervisionadas não mediante orientação periódica, como ocorre nos ambientes de trabalho, mas como vigilância (GOFFMAN, 2001, p. 18). No mais,

Nas instituições totais existe uma divisão básica entre um grande grupo controlado, que podemos denominar o grupo de internados, e uma pequena equipe de supervisão. Geralmente, os internados vivem em instituição e têm contato restrito com o mundo existente fora de suas paredes; a equipe dirigente muitas vezes trabalha num sistema de oito horas por dia e está integrada no mundo externo. Cada agrupamento tende a conceber o outro através de estereótipos limitados ou hostis – a equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança; os internados muitas vezes vêem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos. Os participantes da equipe tendem, pelo menos sob alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos, censuráveis e culpados. (GOFFMAN, 2001, p. 18/19)

Além disso, há restrições para conversas entre as fronteiras e, os internos não têm conhecimento das decisões referentes aos seus destinos. Ademais,

observou Erving Goffman que, quando alguém se refere às interpretações ou aos interesses da instituição, se refere, implicitamente, às interpretações e aos interesses da equipe que a dirige. A prisão revela-se, por conseguinte, uma instituição total, e esta revela-se, pois, uma estufa para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu.” (GOFFMAN, 2001, p. 22).

Nessa perspectiva, o regime disciplinar previsto na Lei de Execução Penal foi concebido como um instrumento normativo capaz de conferir humanidade e racionalidade ao tortuoso processo de injunção da pena privativa de liberdade ao indivíduo. No entanto, a despeito de alguns avanços, não se verifica, substancialmente, uma ruptura em relação ao modelo penitenciário tradicional, calcado no “discricionarismo administrativo, no cientificismo etiológico e na arraigada visão positivista da pena” (ROIG, 2005, P. 138/139). Michel Foucault já havia detectado que prevalece no sistema carcerário o servilismo, o qual se esconde sob a máscara de expressões capazes de tutelar uma aparência de legalidade (FOUCAULT, 2001, p. 249), tais como nos moldes já pronunciados nos itens anteriores, pela Lei de Execução Penal:

Mas o efeito mais importante talvez do sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar pelo menos o limite de tolerância à penalidade. [...] Com efeito, a grande continuidade do sistema carcerário por um lado e outro da lei e suas sentenças dá uma espécie de caução legal aos mecanismos disciplinares, às decisões e às sanções que estes utilizam. De um extremo a outro dessa rede, que compreende tantas instituições ‘regionais’, relativamente autônomas e independentes, transmite-se, com a ‘forma-prisão’, o modelo da grande justiça. [...] O carcerário, com toda sua gama de punições que se estende dos trabalhos forçados ou da reclusão criminal até os enquadramentos difusos e leves, comunica um tipo de poder que a lei valida e que a justiça usa como sua arma preferida. Como poderiam parecer arbitrários as disciplinas e o poder que nelas funciona, se o que fazem é apenas acionar os mecanismos da própria justiça, com o risco de diminuir-lhes a intensidade? Ou, se generalizam esses efeitos, com o risco de até os últimos níveis, é para evitar seus rigores? A continuidade carcerária e a difusão da forma-prisão permitem legalizar, ou em todo caso legitimar, o poder disciplinar, que evita assim o que possa comportar de excesso ou de abuso. (FOUCAULT, 2001, 249/250).

A prisão se revela, pois, um ambiente de submissão acrítica, um espaço no qual se promove uma aculturação contínua e silenciosa. No cálculo final entre custos (garantias dos direitos) e benefícios (segurança e disciplina), estes últimos recebem precedência em detrimento daqueles (Cf. ROIG, 2005, p. 141).

Essa assertiva é ilação da crítica de que a retomada da penalidade neoliberal pretendeu remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública (Cf. WACQUANT, 2001, p.7).¹⁹

Nesse contexto, Loïc Wacquant reconstrói como um tráfico transcontinental de ideias (teses) e de políticas públicas saídas dos Estados Unidos a respeito do crime, da violência, da justiça, da desigualdade e da responsabilidade do indivíduo, criou, mundo afora, uma vertente diretiva fincada no novo senso comum penal visando criminalizar a miséria. Essa vasta rede de difusão parte de Washington e Nova York para aportar em Londres e, a partir daí, ramificar-se por todo o continente Europeu: o rigor penal acolhido nos Estados Unidos há duas décadas, cujo resultado é a quadruplicação da população carcerária num período de 15 anos (Cf. WACQUANT, 2001, p.19/20).

Nova York (exageradamente apresentada como a metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo das ‘cidades seguras’ nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra), esse tema proporciona aos políticos de cada um dos países importadores a oportunidade de dar ares de ‘modernidade’ à paradoxal pirueta retórica que lhes permite reafirmar com pouco prejuízo a determinação do Estado em punir os ‘distúrbios’ e, ao mesmo tempo, isentar esse mesmo Estado de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à responsabilidade *individual* os habitantes das zonas ‘incivilizadas’, a quem incumbiria doravante exercer por si mesmo um controle social próximo, como exprime essa declaração, similar a tantas outras, de Henry McLeish, ministro do Interior escocês (e neo-trabalhista), publicada sob o título ‘A tolerância zero vai limpar nossas ruas’. (WACQUANT, 2001, p. 31)

Há, nesse contexto, um desmonte do Estado Providência materialista por um Estado Punitivo, no qual os membros das classes populares do mercado de trabalho

¹⁹ De acordo com o último Relatório Global sobre a situação dos Direitos Humanos – 2000, da Human Rights Watch, as condições carcerárias continuaram a violar as normas internacionais relativas aos Direitos Humanos dos Presos. O maior dos problemas, a superlotação, as desastrosas e terríveis condições sanitárias e a ausência de assistência médica e jurídica foram a causa de rebeliões em delegacias, prisões e penitenciárias durante todo o ano. Dados do último censo penitenciário de 1997 - mostraram que enquanto as prisões brasileiras tinham capacidade para apenas 74.000 detentos, nelas eram mantidos mais de 170.000. O Brasil atrás das grades: uma análise do sistema penitenciário. Disponível em (<http://hrw.org/portuguese/press/1999/recommend.html#carcerarias>). Segundo dados do Human Rights Watch World Report de 2007, “as condições desumanas, violência, corrupção e superlotação que historicamente têm caracterizado as prisões brasileiras permanecem como um dos principais problemas de direitos humanos do país. De acordo com o Ministério da Justiça, as prisões brasileiras possuíam 371.482 detentos em junho de 2006, excedendo a capacidade do sistema em mais de 150.000 detentos.” Disponível em: (<http://hrw.org/englishwr2k7/docs/2007/01/11/brazil14882.htm>).

são o alvo no Estado penal. A política enjeita progressivamente a meta de reformar a sociedade e, em lugar disso, se preocupa em supervisionar a vida dos pobres: mais que a sociedade, é o comportamento que deve mudar. .

Em consequência, várias tendências norteiam as políticas diretivas e a primeira delas é o crescimento vertiginoso das populações aprisionadas. Em 1975, o número de detentos nos Estados Unidos havia decrescido para um contingente de 380.000 detentos; 10 anos mais tarde, todavia, a curva da população carcerária se modificou desproporcionalmente, saltando para 740.000 antes de ultrapassar 1,5 milhões em 1995 e chegar perto dos dois milhões no final de 1998. Uma ocorrência sem antecedentes em qualquer sociedade democrática, uma demonstração da estarrecedora expansão do Estado Penal Americano (Cf. WACQUANT, 2001, p. 83):

Uma última transformação, ao mesmo tempo qualitativa e quantitativa, acaba de apertar o laço do nó penal em torno das parcelas da classe trabalhadora desestabilizada pela escalada do trabalho assalariado precário e o desmoronamento da proteção social: o cancelamento das liberdades antecipadas e a transformação da liberdade condicional em dispositivo policial adotado não mais para ajudar os antigos detentos a se reinserir, mas para recapturar o maior número possível deles submetendo-os a uma vigilância intensiva e uma disciplina meticulosa (sobretudo por intermédio da revista semanal em busca de drogas, que se tornou a principal atividade dos agentes de *probation* em muitas jurisdições). Na Califórnia, por exemplo, o número dos ex-detentos em condicional devolvidos para trás das grades passou de 2.995 em 1980 para 75.400 em 1996, dos quais a esmagadora maioria (58.000) **em consequência de uma simples revogação administrativa por não cumprimento das condições de sua libertação**. Entre 1985 a 1997, a percentagem de *paroles* (liberdade condicional sob palavra) que passaram com êxito pela prova a nível nacional despencou de 70 para 44%. **Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal de reabilitação**, depois das críticas cruzadas pela direita e da esquerda da década de 70 e de sua substituição por uma 'nova penologia', cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas *isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos* mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de 'detritos sociais' que com trabalho social. (WACQUANT, 2001, p.85/86). (grifo nosso)

Essa expansão sem antecedentes das atividades carcerárias no Estado Penal foi seguida pelo desenvolvimento alvoroçado de uma indústria privada da carceragem. Ao mesmo tempo, a fixação das penitenciárias se propala um eficiente expediente de desenvolvimento econômico e de fomento nos Estados Americanos. Uma política que alia prisão e mercado de trabalho desqualificado, prisão e perpetuação da ordem social: "A indústria da carceragem é um empreendimento

próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encerramento dos pobres nos Estados Unidos.” (WACQUANT, 2001, p.91/95).

O que é interessante nessa contextualização é que não importa a compreensão do Estado de Direito (seja Estado de Bem Estar Social ou Estado democrático de Direito), a argumentação neoliberal ameaçou fortemente as conquistas do Estado Social do pós-Segunda Guerra, e uma de suas particularidades assumidas foi o "Estado Penal" ou "Estado Segurança" de interpretação liberal (ou neoliberal). Competem entre si, portanto, uma interpretação socializante e liberal na leitura dos direitos fundamentais e na orientação das políticas sociais dos Estados de Direito contemporâneos.

Paralelamente ao crescimento desse vertiginoso e paradoxal fenômeno, e, como forma de mantê-lo em sua formatação original, as garantias processuais vão sendo pouco a pouco suprimidas e o ambiente carcerário se revela um laboratório apropriado para executar esse mister.

Em pesquisa realizada pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (FSeade) em todos os processo de Execução Penal do Estado de São Paulo no ano de 2002, Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini constataram que muitas teses de senso comum que diuturnamente vinham sendo defendidas não ocorriam na realidade no universo das execuções. Assim, por exemplo, com referência à progressão de regime, foi possível aferir: a) que apenas 22,1% dos presos a obtiveram; b) 72,5% dos que a obtiveram haviam cumprido mais de 1/3 da pena; c) 54% dos presos pediram a progressão; d) 41% dos presos, entre os que pediram o benefício, obtiveram a progressão; dos pedidos de progressão, apenas 26,4% foram deferidos. No que se refere ao livramento condicional, outros dados relevantes: a) 8% dos presos ganharam livramento condicional; b) 24% dos presos pediram o livramento condicional; c) 33% dos presos, entre os que pediram o benefício, obtiveram a concessão do livramento condicional; d) dos pedidos de livramento condicional, 31,1% foram deferidos.

Os resultados da pesquisa revelaram que o Judiciário, ao contrário do discurso que tem tomado conta da mídia e se cristalizado em diversos projetos de lei, apresenta um comportamento refratário aos dispositivos da Lei de Execução Penal, politizando suas decisões, assumindo, ainda, um discurso altamente repressivo ao relativizar ao máximo os direitos previstos na Lei (Cf. TEIXEIRA; BORDINI, 2003).

Nesse ponto, colocam-se as questões que se pretendem trabalhar no próximo capítulo desta pesquisa: de um lado, a necessidade de expansividade do "devido processo legal" em consonância com o paradigma constitucional vigente para a execução penal, e, de outro, a subsistência e o assédio de uma argumentação liberal (neoliberal) na esfera das políticas de execução penal cuja lógica é promover o encarceramento dessa massa de indivíduos não alcançados pelas políticas sociais. Se precisamos encarcerar porque procedimentalizar? Por conseguinte, talvez, a resistência à procedimentalização da execução penal. Afinal a lógica neoliberal do encarceramento não favorece a expansividade do devido processo legal neste domínio.

Já se analisou que individualização e a progressão de pena de cada preso é substrato indispensável para vários dos elementos da Lei de Execução Penal. Significa dizer que primeiramente o juiz deve apreciar as circunstâncias individuais o acusado antes de deliberar a sentença. Dessa maneira, a questão sobre se o preso é um reincidente ou um réu primário é essencial na determinação do encarceramento em uma prisão de regime fechado, regime aberto ou prestação de serviço comunitário. Após tal análise, o juiz de execução penal deve inspecionar constantemente seu caso enquanto estiver encarcerado, adequando os termos da sentença de acordo com sua conduta.

Habitualmente, o preso que inicia o cumprimento de sua sentença em regime fechado, após cumprir uma parte de sua pena deveria ser transferido para um estabelecimento de regime semi-aberto e depois de um tempo, para um de regime aberto quando finalmente poderia retornar à sociedade.

Em síntese, a perspectiva do encarceramento é de um processo ativo e não se resume a prazos fixos e determinados. Contudo, as pretensões da LEP com respeito à progressão de penas não têm sido colocadas em prática. Muitos presos nunca chegam a um estabelecimento de regime aberto ou semi-aberto; pelo contrário, cumprem toda sua pena numa prisão de regime fechado. Muitos a cumprem até mesmo em delegacias.

Para concretizar essas conclusões, a Human Rights Watch entrevistou diversos presos nessa situação. Apesar de se qualificarem para remoção para estabelecimentos penais menos restritivos, permaneceram presos. De acordo com o estudo, em maio de 1998, o Ministro da Justiça contabilizou que 11,2% dos presos

condenados (aproximadamente 11.000 presos) habilitaram-se para a progressão da pena, não obstante pouco se beneficiando disso.

Ronaldo Brêtas propõe que no sistema jurídico brasileiro consagra o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos praticados aos constituintes pelos seus agentes públicos. Ao analisar a matéria, expõe o processualista que o Estado, ao avocar o dever jurídico de prestar o serviço jurisdicional de forma monopolizada, será este responsável tanto pela culpa na escolha do agente público a quem é confiada a função de julgar, quanto por não exercer o dever de vigilância sobre o agente público julgador no curso da atividade exercida, pois

em qualquer das circunstâncias de funcionamento anormal ou defeituoso daquele serviço público, decorrentes das atuações ilícitas dolosas ou culposas do juiz, tais fundamentos já sendo suficientes para justificar de sobejo a obrigação indenizatória do Estado. ((DIAS, 2004, p. 75/76)

A descrição proposta sobre o fracasso no instituto da progressão possui fundamentos diversos, dentre eles a falta de assistência jurídica, a insuficiência de magistrados para processar seus casos e o ínfimo rol de estabelecimentos de regimes aberto ou semi-aberto.

Questão grave, ao manter presos que se habilitam para a progressão das penas, lotados em prisões de regime fechado, o Estado colabora com a superlotação e contribui para a criação de presos frustrados e irritados, situação que resulta em rebeliões frequentes. Tais presos foram "literalmente esquecidos pelo sistema judiciário", como frisou um componente da CPI do sistema prisional de São Paulo. (disponível em: <http://hrw.org/portuguese/reports/presos/>)

Em tal contexto, confirmando que a norma prevista no inciso LV do art. 5.º da Constituição da República determina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", como compreender que na execução penal o sentenciado tenha seu direito de liberdade revertido sem observância ao devido processo legal? Sem procedimento? Numa análise incipiente, prevalece no sistema de execução penal um temor quanto ao risco de que uma eventual absolvição no processo penal que caminha paralelamente ao incidente de execução penal por prática de fato definido como crime doloso possa representar para a manutenção da ordem.

A decisão, na esfera da execução penal, antecede a decisão no processo principal, e não tem por fundamento os princípios do devido processo legal, mas possui fim utilitário, aniquilando o princípio do contraditório, expressamente garantido aos litigantes em processo judicial e administrativo, temas que serão objeto de análise na parte seguinte deste trabalho.

3.2 Uma crítica à concepção de jurisdicionalidade centrada na figura do juiz

A compreensão dos conceitos de jurisdição e de processo precedem ao esclarecimento de como a doutrina compreende a atividade jurisdicional na execução penal, porque, como já evidenciado anteriormente, a acepção de jurisdicionalidade pela dogmática posta encontra-se harmonizada com a ideia de que na execução penal o juiz é único sujeito processual garantidor dos direitos individuais das partes, leitura consubstanciada no modelo de Estado Social. Passemos, então, ao esclarecimento da atividade jurisdicional pela dogmática jurídica.

Cândido Rangel Dinamarco, o maior representante da Escola Instrumentalista de Processo, esclarece que o sistema processual é impelido por um conjunto de intenções (ou escopos). O Estado, portanto, chamando para si a responsabilidade de possibilitar a materialização dessas intenções, realiza uma das funções estatais, que é a jurisdição. Nesse sentido, jurisdição seria a “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.” (DINAMARCO, 2004, p.309). O Estado buscava realizar os objetivos do processo com fundamento em sua capacidade de decidir e impor suas decisões, contudo, sem a exigibilidade de anuência dos sujeitos, verdadeiro poder estatal. Nesse sentido, arremata o autor,

Falar em solução *imperativa* é pressupor a presença do *poder estatal*. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões* (definição de poder estatal, segundo a ciência política), **sem a necessidade de anuência dos sujeitos. A situação destes, perante o Estado que exerce a jurisdição, é de sujeição** – conceituada esta como impossibilidade de evitar os atos alheios ou furtar-se à sua eficácia (Carnelutti). Esse é o significado da afirmação da jurisdição como *função pública*, regida por normas de direito público.

Todas as funções do Estado são exercidas com fundamento no poder (jurisdição, legislação, administração), mas só a jurisdição com o objetivo de atuar a vontade do direito material. *Legislando*, o Estado cria normas jurídicas que são imperativas, mas não têm destinatário certo nem se endereçam a determinada situação concreta, conhecida e definida (daí o caráter genérico e abstrato da lei, em contraste com a sentença, que é específica e concreta). Administrando, o Estado cumpre outras missões no plano social e econômico, tendo a lei como limite mas não agindo com a *finalidade* de dar-lhe atuação: construir uma escola, uma estrada, ou desencadear campanhas educativas para o sexo ou para o respeito ao meio-ambiente é cumprir o que mandam a Constituição e a lei, mas os objetivos dessas atividades estão ligados ao dever de propiciar o bem-comum e não ao de dar efetividade à lei. O escopo jurídico de propiciar essa efetividade é insuficiente para legitimar a jurisdição e o sistema processual como um todo, mas concorre para a boa compreensão do conceito daquela. (DINAMARCO, 2004, p. 310, grifo nosso).

Ao argumento do autor supracitado, acrescente-se outro: de que a jurisdição se difere da atividade que é vedada ao autor (vez que lhe é proibido a autotutela), em razão de seu caráter imparcial e pelo adereço da imperatividade. Desta forma, tendo razão o autor da ação, o exercício da jurisdição pelo juiz concede-lhe o bem (cf. DINAMARCO, 2004, p.310/311). Curiosamente, nesta obra, o estudo da jurisdição encontra-se delimitado no capítulo intitulado “Jurisdição e Poder”.

É cediço que a concepção de jurisdição, para os adeptos de jurisdição significando atividade do magistrado, pode ser estendida a grande parte da doutrina nacional. Podemos citar, entre outros autores pátrios de prestígio acadêmico, Humberto Theodoro Júnior, que define a jurisdição como a ‘função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida’. Essa atividade é, por sua vez, interpretada pelo autor como atividade do juiz na qual, este toma interpreta as alegações das partes e define a qual delas possui o melhor interesse, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente (cf. FILHO, 2004, p. 166/7).²⁰

Tourinho Filho, por seu turno, entende que a jurisdição surgiu como uma necessidade jurídica, para impedir a ‘autodefesa’, sendo uma emanção da soberania nacional, mas sempre ligada à figura central do juiz:

²⁰ No mesmo sentido, Arruda Alvim: “Afigura-nos que a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide, deverá este afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional, que soluciona a lide, para que seja realizada com eficácia imutável, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda, e de certa forma, perduraria o conflito e não teria havido substitutividade. Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade/vontade privada, por uma atividade pública, que é a ‘vontade da lei’ a imperar. (2005, p.159/160).

Como *função*, a jurisdição é incumbência afeta ao Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Finalmente, como *atividade*, a jurisdição é toda aquela diligência do juiz dentro no processo objetivando a dar a cada um o que é seu. (TOURINHO FILHO, 2001, p. 161).

Todavia, o conceito de jurisdição como atividade do magistrado, reclama uma reconstrução pela teoria procedimentalista do direito e pelo processo como procedimento em contraditório.

Flaviane Barros (2003), ao analisar o exercício da função jurisdicional, expõe que essa possui contornos de Teoria Geral do Estado, em sua já mencionada tripartição de funções, caracterizando a jurisdição como a aplicação da lei ao caso concreto. Nesse sentido, atesta a processualista que as duas mais importantes definições dadas à jurisdição pertencem a Chiovenda e Carnelutti, as quais transcrevemos, *verbis*:

Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2002, p. 8)

Uma indagação semelhante tem de ser agora feita pelo que se refere à regulação da função do órgão judicial. Também ela está regulada como um poder, e os que a exercitam estão dotados de uma faculdade de mando. A mais superficial observação do processo confirma essa verdade: antes de tudo, a sentença, como expressão suprema que é de tal função, não é, afinal de contas, mais do que um mandato e, da mesma forma, o produto de um poder. Mas a posição diversa do órgão judicial e das partes com respeito ao litígio mostra porque o poder, que é elemento comum à função e à ação, comporta-se nos dois casos de modo distinto, ou melhor dizendo, de modo contrário: para obter da parte o exercício de seu poder, é necessário contar com seu interesse no litígio: pelo contrário, no que toca ao juiz, que é por definição um estranho a este, não pode ser determinado um interesse a não ser por meio a sanção; isso significa que à ação da parte como *poder-direito*, se contrapõe a função do ofício como *poder-dever*. (CARNELUTTI, 2004, p. 359)

Portanto, foi a partir do conceito de jurisdição de Enrico Tulio Liebman que Cândido Rangel Dinamarco forjou a doutrina da instrumentalidade (DINARMARCO, 2005). De acordo com tal doutrina, a “jurisdição é instrumento para a pacificação social, e o processo possui escopos metajurídicos, sociais, políticos e jurídicos” (PELLEGRINI, 2003, p. 17).

Apropriado consignar nesta oportunidade a conceituação de jurisdição para o processualista italiano:

Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo um critério do juízo fornecido pelo direito vigente, e enunciar em consequência a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do fato típico em exame [...]. A operação lógica do juízo deve ser feita de quem quer que seja dotado da necessária cognição e dará lugar a um parecer, uma opinião; mas apenas a que advém do juiz e é expressa numa sentença tem um conteúdo vinculativo e uma eficácia vinculante (LIEBMAN, 2003, p. 23)

(...)

Muitas são as definições que se costumam dar sobre a jurisdição; recordemos duas, as mais importantes, que constituem o tecido dialético do debate científico na Itália por muitos decênios. A primeira define a jurisdição como a atuação da lei por parte dos órgãos públicos a tanto destinados (Chiovenda). A segunda prefere por sua vez defini-la como a justa composição da lide (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por *justa* a composição feita de acordo com o direito (LIEBMAN, 2003, p. 25)

Necessário apontar, essa inserção da instrumentalidade do processo a serviço da jurisdição somente reafirma a ideia de um juiz ocupando posição especial, com poderes que lhe permite realizar os escopos do processo.

De acordo com referida doutrina, o Estado exerce seu poder ao concretizar os atos jurisdicionais, desempenhando uma atribuição instrumental. Assim agindo, o Estado evita ou elimina os conflitos, e por tal razão o processo pode ser considerado, para a doutrina, instrumento a serviço da paz social. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2005, p. 43).

Desta forma, para os processualistas paulistas a instrumentalidade do processo informa que o processo é uma realidade ideal mediante a qual o Estado resolve os conflitos, sendo legitimada, nessa atribuição, por três ordens de objetivos perseguidas por meio da jurisdição: sociais, políticos e jurídicos, os chamados “escopos da jurisdição”, os quais serão delimitados adiante.

Mas o escopo final do processo, de acordo com a escola paulista, é a pacificação social, o qual representa determinante elemento para a compreensão da instrumentalidade do processo. Conseqüentemente, em tal concepção, falar em “instrumentalidade do processo” é atentar para a essencial efetividade do processo. O processo a serviço da jurisdição. O processo como instrumento da jurisdição. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2005, p. 43).

Nessa empreitada, o Estado, ao exercer a pacificação social pelo processo, estaria entrelaçado à parte por uma plêiade de vínculos jurídicos, denominada pela

escola instrumentalista ou relacionista como relação jurídica. A relação jurídica seria, assim, o nexos que liga dois ou mais sujeitos, outorgando-lhes poderes, direitos, faculdades, obrigações, sujeições, deveres e ônus. Seria a relação jurídica o elemento regulador não somente dos conflitos entre as pessoas, ou entre essas e o Estado, mas, também, a cooperação que devem desenvolver visando determinado bem comum. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2005, p. 290).

A principal crítica a ser feita à doutrina da instrumentalidade do processo reside no fato de investir o juiz em uma posição, no mínimo questionável: a posição de superioridade do juiz. Tal ilação será construída em seguida e retomada no terceiro capítulo.

Quanto aos escopos visados pelo processo, como dito, a doutrina os identifica como escopos sociais, políticos e jurídicos.

Primeiramente, os escopos sociais. Pacificar com justiça, significando isso que a jurisdição atingirá a finalidade de implantação de paz na sociedade. Ao exercer a jurisdição, o Estado elimina as inúmeras insatisfações geradas por condutas contrárias aos interesses das pessoas, favorecendo a ocorrência de paz entre elas. Por outro lado, essa eliminação de conflitos, por meio da atividade jurisdicional, confere legitimação ao Estado, haja vista a positivação do seu poder, sendo efetivada mediante a relevante observância ao “valor justiça”, ou “eliminando conflitos mediante critérios justos”. Ainda dentro desse escopo, afirma-se a ocorrência da segurança jurídica, no sentido de que a pendência de uma demanda atribui angústia e insatisfação, mas a certeza pacífica, ainda que a decisão seja desfavorável à parte. Outro escopo é a conscientização dos membros da sociedade para suas obrigações, na medida em que esta confia no Poder Judiciário, os membros da sociedade tornam-se mais zelosos dos próprios direitos. (Cf. DINAMARCO, 2005, 193/197).

Por isso, para Dinamarco, o juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador de poder e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão, acentua, “para enclausurá-lo em cubículos formais de procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.” (DINAMARCO, 2005, p. 157).

O escopo político, por seu turno, revelar-se-ia como um “culto à liberdade”, garantindo a preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o

indivíduo, limitando o exercício do poder de modo a não invadir a esfera das liberdades individuais. O escopo jurídico contribuiria para a autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento do sistema (Cf. DINAMARCO, 2005, p. 215). Nesse sentido,

O terceiro momento, visivelmente instrumentalista, é assim justamente por força da percepção das responsabilidades que perante a nação e sua estrutura política o processo é chamado a assumir. Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico. É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos (DINAMARCO, 2005, p. 215/216).

Nesse ponto, oportuno consignar que o paradigma do Estado Democrático de Direito tem como premissa a participação dos sujeitos de direito em toda e qualquer decisão, seja administrativa, legislativa ou jurisdicional como requisito para sua legitimidade. Ao se admitir a compreensão de jurisdição nos contornos delineados pela escola instrumentalista, expurgada está a possibilidade de participação dos atingidos, sujeitos de direitos fundamentais. Uma concepção de jurisdição fincada na existência de um juiz com posição especial e dotada de poderes ilimitados alija qualquer viabilidade de participação paritária. Jurisdição é garantia fundamental, decorrente da correlação entre direitos fundamentais e garantias constitucionais.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao discorrer sobre a concepção de poder, enxerga a jurisdição como uma das funções fundamentais do Estado, e com apoio em Carré de Malberg, esclarece de que forma tais funções se realizariam:

- a) a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade;
- b) a função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente;
- c) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações

concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (DIAS, 2004, p. 75/76)

Imprescindível, nesse sentido, o destaque conferido pelo processualista mineiro de que a noção de função, em sentido amplo, se afigura mais adequada que a clássica qualificação de separação dos poderes, tomada como dogma político, e frequentemente atribuída a Montesquieu. Com base no magistério de Simone Goyard-Fabre, esclarece Brêtas que “Montesquieu não concebeu uma teoria de separação de poderes, como se costuma freqüentemente repetir, mas elaborou uma doutrina de ‘balança dos poderes’”, com base no posicionamento do pensador francês de que ‘Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder’ (DIAS, 2004, p. 70). Assim, continua Ronaldo Brêtas:

No entendimento da autora colacionada (Simone Goyard-Fabre), pretendeu Montesquieu dizer que as três espécies de poder não poderiam ficar concentradas nas mãos da mesma pessoa ou de um corpo de pessoas principais ou mais importantes, mas distribuídos aqueles poderes a instâncias organicamente distintas. O cerne da doutrina de Montesquieu, como exsurge de sua obra, aduz Simone Goyard-Fabre, nunca residiu na idéia da separação inflexível dos poderes do Estado, mas que suas atribuições fossem obedientes a uma divisão e distribuição orientadas pelo princípio do equilíbrio funcionando esses considerados *poderes*, em sua dinâmica, de forma ajustada, ou, segundo expressão do próprio Montesquieu, ‘concertadamente’, com o objetivo de impedir os desvios, os abusos ou descaminhos do poder político. (DIAS, 2004, p. 70).

Jurisdição, portanto, na compreensão de Ronaldo Brêtas (2004), é atividade estatal monopolística inafastável, que se concretiza por meio do devido processo constitucional, sendo que a legitimidade das decisões judiciais se efetiva mediante a reconstrução do caso concreto, por meio dos partícipes que serão afetados pelo provimento estatal, nesse aspecto, verdadeiro direito fundamental, na medida em que no Estado Democrático de Direito, a jurisdição

não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas poder-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional (DIAS, 2004, p. 93).

Aroldo Plínio Gonçalves (2001) também conduz uma reflexão similar, aludindo que essa função jurisdicional do Estado é exercida sob o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa. Desta maneira,

As ordens jurídicas contemporâneas proclamam que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, que a soberania pertence ao povo ou à nação. O Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada pelo Direito, assume o poder em nome da nação, legisla, estatutando deveres, garantindo direitos, ordenando a vida social, administra, gerindo os negócios públicos e exerce a função jurisdicional, pela qual reage contra o ilícito e promove a tutela de direitos.

É preciso, entretanto, ressaltar que, nas ordens jurídicas soberanas, ou seja, no Estado de Direito, o poder legitimamente constituído se exerce nos limites da lei, e a função jurisdicional, que traz implícito o poder uno e indivisível do Estado, que fala pela nação, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição. (GONÇALVES, 2001, p. 50)

Por seu turno, Rosemiro Pereira Leal estabelece a compreensão de que jurisdição há de ser considerada como uma das funções exercidas pelo Estado, como o monopólio de atividade de dizer o direito, não se consistindo, assim, na atividade de resolução de conflitos, denotadora de uma posição meramente instrumentalista (LEAL, 2002, p. 40). Segundo o autor, com o surgimento do Estado moderno tornou-se arcaica a divisão da atividade estatal pela afirmação de Poderes, porque nas democracias a única fonte de poder é o povo, o que se tem é “o monopólio da função jurisdicional pelo Estado que a delega, como um dever, ao órgão jurisdicional (Estado-juiz)” (LEAL, 2006, p. 213). Conveniente, portanto, as palavras do autor:

Quando Cândido Rangel Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos ‘é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema’ enquanto a proposta é que ‘ali se ponha a jurisdição’, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda *não* fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ser o plano da *DECISÃO* exclusivo do decididor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação. (LEAL, 2002, p. 68/69).

Em razão disso, no exercício obrigatório desta função estatal, a jurisdição há de ser exercida nos limites do processo constitucionalizado orientado pelos

princípios do Estado Democrático de Direito. Esta é a proveitosa síntese de Brêtas de Carvalho Dias, colacionando a compreensão de uma teoria discursiva democrática conjugada com elementos da teoria fazzalariana de processo como procedimento em contraditório, a qual transcrevemos:

Em razão disso, essa manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizado **sob rigorosa disciplina constitucional principiológica** (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a **garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal**, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no ‘prudente (ou livre) arbítrio do juiz’, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõem e apregoam. (DIAS, 2004, p. 86, grifo nosso).

Nesse ponto do trabalho, uma crítica inicial pode ser formulada contrariando desde já o argumento de que a jurisdição (como poder) ocupa o centro da teoria processual. Cândido Rangel Dinamarco, referindo-se à autonomia do Direito Processual, explica que anteriormente a ação ocupava o “centro da constelação dos institutos que compõem o direito processual”, o que não mais acontece por duas ordens de razões: primeiramente porque a ação é de cunho individualista, num sistema jurídico-político marcado pelo publicismo, de forma que dessa visão publicista da ordem processual, “deflui com muita naturalidade a jurisdição ao centro” (DINAMARCO, 2005, 93/94), e, por ser, portanto, restrita ao processo civil, adverte: “desmerece a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual” (DINAMARCO, 2005, p. 94).

Nem o processo, afirma convictamente, merece a colocação de centro da teoria processual, porque não pode ser considerado “fonte substancial de emanção e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual” (DINAMARCO, 2005, p.95).

As decisões dos órgãos estatais, sejam administrativas (ato administrativo), legislativas (lei) ou decisões jurisdicionais (sentença) não de ser proferidas, e somente terão legitimidade, se direcionadas pelo princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito.

Outro não é o entendimento de André Cordeiro Leal, quando esclarece que no entrelaçamento do Estado Democrático de Direito e suas implicações principiológicas, as questões acerca dos limites da “liberdade de convencimento do juiz” ganham novos contornos teóricos no sentido de que o contraditório, “na qualidade de norma constitucional”, deve ser observado e encontrar acatamento na legislação infraconstitucional como também na “efetiva aplicação desses textos legais na *práxis* decisória, sob pena de perda de legitimidade do direito e das decisões judiciais.” (LEAL, 2002, p. 21).

No mesmo sentido a advertência proveitosa de Aroldo Plínio Gonçalves, ao discorrer a respeito do grau de racionalidade exigido pelos modernos sistemas jurídicos, nos quais a aplicação do Direito é dirigida a critérios objetivamente definidos por normas integrantes do próprio sistema. De acordo com o autor, a superação do critério de aplicação de justiça do tipo salomônico baseando-se este na sensibilidade e nas qualidades individuais do julgador foi a grande conquista depois das garantias constitucionais. Essa superação está vinculada a elementos não-subjetivos (como os referidos anteriormente) lastreada em uma estrutura normativa a qual possibilita àqueles que buscam a jurisdição contar com a mesma segurança jurídica, quer estejam “perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicativos.” (GONÇALVES, 2001, p. 45/6).

Nesse entendimento, afasta-se, por oportuno, a ideia de que a decisão jurisdicional há de ser orientada por critérios subjetivos do julgador, tal como acontece na esfera da execução penal. Adequado, portanto, o esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal destacando o significado de decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito como “julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como inclusão co-extensiva da argumentação das partes” (LEAL, 2002, p. 26/7) superando, desta maneira, decisões não preparadas proceduralmente. Nesse ponto, antes de estabelecer a crítica a respeito dessa questão, importa-nos esclarecer as bases da compreensão do processo pela doutrina clássica.

Tem-se, desde já, com base na compreensão do Estado Democrático de Direito, que a decisão jurisdicional na execução penal há de ser construída no espaço-tempo demarcado pelos princípios processuais do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões. A constatação de jurisdicionalidade

apontada pela dogmática jurídica provoca profundos reflexos na compreensão da prestação jurisdicional, notadamente na esfera da execução penal, porque nessa, como visto, a atividade jurisdicional ainda não se encontra vinculada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, afirmativa que reclama revisões pontuais.

O argumento de que a jurisdição se efetiva mediante a atividade do julgador remete à construção ultrapassada de jurisdição como poder-dever estatal, tese que não encontra amparo no paradigma procedimentalista (Estado Democrático de Direito), como veremos no último capítulo da pesquisa, quando apontaremos a teoria do modelo constitucional de processo e do processo como procedimento em contraditório como possibilidade viável para tal efetivação. A compreensão de execução penal como jurisdicionalidade somente se viabiliza quando essa tem por eixo central o processo, porque jurisdição, na atual ordem jurídica, é garantia.

3.3 A superação da concepção instrumentalista de processo

O conteúdo proposto no item anterior pode ser entendido como o primeiro passo para remover a tese da existência de processo na execução penal. Realizou-se a comprovação da inexistência de jurisdicionalização, haja vista que a doutrina ainda a entende como função do Estado, todavia, centrada na figura do juiz, uma superparte com incontáveis poderes.

Para justificar a exigibilidade da ocorrência de processualização na execução penal, necessário se faz explicitar o que é processo para a doutrina tradicional e numa fase seguinte, qual elaboração de processo demanda o Estado Democrático de Direito. Empreenderemos uma incursão no tema mediante a apreciação de situações teóricas e fáticas de desrespeito aos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, marcos de sustentação da democracia.

Já se adiantou no item anterior qual a concepção de processo é adotada pela dogmática jurídica que estuda a execução penal: processo como instrumento da jurisdição. Torna-se essencial, portanto, o esclarecimento dessa concepção, visando estabelecer uma crítica consistente à já identificada inexistência de processo democrático na esfera da execução penal.

Com o propósito de sinalizar uma ponderação e, ao final, demonstrar que a teoria da relação jurídica revela-se inadequada, e apontar a teoria do processo como procedimento em contraditório como possibilidade viável na processualização do incidente de execução penal, passamos a discursar a respeito da teoria do Processo como Relação Jurídica (Escola Instrumentalista de Processo), demarcando as críticas pertinentes à compreensão da execução penal.

A teoria da relação jurídica, desenvolvida a partir de Oscar Von Bülow em 1868, com a obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*, foi o marco da autonomia científica do Processo, bem como da independência entre este e o conteúdo do direito material (Cf. LEAL, 2006, p. 92). Esclarece Helio Tornaghi que a teoria construída por Bülow obedece a uma razão de conveniência e seu acolhimento se convergiu com a reação levantada nos séculos XVIII e XIX, de combate à estrutura desumana existente no processo penal. Uma reação ao degenerado “procedimento de tipo inquisitório” que fizera do acusado mero objeto do processo (TORNAGHI, 1987, p. 2). De acordo com o Tornaghi, a teoria dos pressupostos processuais foi o grande salto da ciência jurídica, e teve como base a máxima de Búlgaro presente na Ordenação Filipina, Livro 3, a qual diz que três são por direito necessárias em qualquer juízo: juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda. (TORNAGHI, 1987, p. 6).

Preceitua Tornaghi que os estudiosos do processo, até a época em que a monografia de Bülow fora escrita, atribuíam expressiva importância ao enfoque externo do processo, o procedimento, deixando de lado a relação jurídica na qual o processo consiste: “relação de Direito Público, que se desenvolve gradualmente entre o juiz e as partes.” (TORNAGHI, 1987, p. 7). Nesse sentido,

Segundo sua melhor formulação, o processo pode ser visto como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência. Relação que se caracteriza pela unidade, pela complexidade e pelo dinamismo. É a resultante, não apenas a soma, de todas as relações que no processo existem entre cada uma das partes e o juiz. É rio para a qual confluem todos os cursos d’água, sem deixar por isso de ser um só. (TORNAGHI, 1987, p. 8).

Para Aroldo Plínio Gonçalves, o instituto da relação jurídica, que já se revelara uma máxima da doutrina civilista, utilizada para explicar direitos e deveres, faculdades e obrigações, rapidamente alcançara outras áreas do direito, dentre elas,

o Direito Processual Civil. Todavia, a ideia de relação jurídica tornou-se alvo de refutações também em outros domínios da Ciência Jurídica, quando o sustentáculo motivador do conceito de relação jurídica, o conceito de Direito Subjetivo, foi posto em questão (GONÇALVES, 2001, p. 71).

A matéria da relação jurídica construiu-se em torno da ideia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. O conceito de relação jurídica foi elaborado, portanto, no seguinte quadro:

Seus elementos se definiram com a contribuição definitiva de Windscheid para as novas bases científicas do Direito subjetivo, a partir das quais o 'vínculo de exigibilidade', ligando 'sujeito ativo' e 'sujeito passivo', por um poder de vontade, se estruturava para logo se alastrar por todo o campo do Direito." (GONÇALVES, 2001, p.75).

De acordo com Aroldo Plínio, apoiado em Helmut Coing, a ideia de direito subjetivo tem seu período mais proficiente durante o iluminismo, quando do florescimento do direito natural do racionalismo. Entretanto, foi com Windscheid que o conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica, afirmando-se essa como "vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos, passivo e ativo", de maneira tal que ao sujeito ativo se atribuía o poder de exigir do outro sujeito (o passivo), uma determinada conduta, tendo este o dever de prestá-la (Cf. GONÇALVES, 2001, p. 76/77).²¹

A formulação definitiva sobreveio conjuntamente com o conceito de direito de ação (surgido das posturas contrárias entre Windscheid e Muther), quando surge então o conceito de relação jurídica delineado por uma caracterização de direito

²¹ Yves Charles Zarka também fornece uma interessante reconstrução da ideia de direito subjetivo, em artigo intitulado **A invenção do sujeito de Direitos**: "A definição de direito natural no sentido do que mais tarde se chamará o "direito subjetivo" foi elaborada de forma completa na obra de Grotius a partir de 1625 no seu *De jure belli ac pacis*, e também se encontra em sua formulação técnica, antes de Grotius, na obra *De Legibus*, de Suarez. Portanto, não se pode, mesmo minimamente, imputar à metafísica cartesiana a invenção, fora de seu campo direto de exercício, do sujeito de direito. É verdade que a reflexão sobre a obra de Descartes afetará mais tarde a tradição jusnaturalista, em particular, mas não apenas ela, de Pufendorf, mas não poderíamos dizer que é a partir de Descartes que o princípio de uma definição do homem como sujeito de direito tenha sido formulado. Essa definição se deu em um outro contexto: o contexto do jusnaturalismo moderno de Grotius a Leibniz. [...] Nesse sentido, a promoção moderna do homem como sujeito de direito pode ser feita, não apenas sem que sejam questionados as normas universais e os valores morais, mas que ela só pode ser feita evidenciando o caráter irreduzivelmente moral do sujeito de direito, como também mostrando a necessária relação de reciprocidade entre o sujeito de direito e os outros sujeitos. Em outras palavras, a invenção do sujeito de direito está ligada a uma primeira formulação da intersubjetividade jurídica." (tradução livre) (ZARKA, 1997, p. 2)

subjetivo, já firmando sua condição de poder absoluto sobre a própria conduta ou como vantagem sobre a conduta alheia (Cf. GONÇALVES, 2001, p. 77).

A reação ao conceito de relação jurídica firmou-se quando Kelsen demonstrou a possibilidade de utilizá-la com outros enfoques. Assim, ressalta Aroldo Plínio, “dizer que dever e direito se correspondem significa que o direito é um reflexo do dever, que existe uma relação entre dois indivíduos dos quais um é obrigado a uma determinada conduta em face do outro.” (GONÇALVES, 2001, p. 81. Nesse sentido, para Hans Kelsen

O entendimento da essência do direito subjetivo é dificultado pelo fato de com esta palavra serem designadas várias situações muito diferentes umas das outras. A uma delas se refere a afirmação de que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira. Com isso pode não se significar mais do que o fato negativo de que a tal indivíduo não é proibida juridicamente a conduta em questão, de que, neste sentido negativo, tal conduta lhe é permitida, de que ele é livre de realizar ou omitir uma determinada ação. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face de outro a determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se deve prestar a outrem algo que esse outrem receba. (KELSEN, 1998, p. 141/142)

Por fim, para Kelsen,

Somente através da abstração é que mais tarde se deveria extrair gradualmente da concepção de direitos subjetivos preexistentes ao conceito de ordem jurídica. É, portanto, uma concepção a-histórica e incorreta aquela segundo a qual os direitos em sentido subjetivo mais não são do que projeções do Direito em sentido objetivo'. Se se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem jurídica positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico, é mesmo este dever jurídico. (KELSEN, 1998, p. 145).

Por último, Aroldo Plínio (2001) revela que o amadurecimento da doutrina jurídica para a precariedade do conceito de relação jurídica, entendida como vínculo de exigibilidade entre sujeitos, não teve como consequência direta a destruição da concepção de direitos decorrentes da norma, mas

a modificação de seus fundamentos e a sua visualização sob um novo prisma. O direito que decorre da norma passou a ser visto não mais como um poder sobre outrem, mas uma posição de vantagem de um sujeito 'em relação ao um bem', posição que não se funda em relação de vontades dominantes e vontades subjugadas, mas na existência de uma situação

jurídica, em que se pode considerar a posição subjetiva, a posição do sujeito em relação à norma que a disciplina (GONÇALVES, 2001, p. 93)

Essa consistente desconstrução do conceito de direito subjetivo, pilar da teoria da relação jurídica, revela a fragilidade de sua sustentação. Por isso, adequada a síntese proposta por Rosemiro Pereira Leal, a qual transcrevemos:

Essa teoria predomina, até hoje, na confecção dos códigos e das leis processuais foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman. Embora seus adeptos afirmem que essa teoria se destacou por fazer a distinção entre *processo* e *procedimento*, o que dela se conclui é uma *confusão* tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o *procedimento* é a manifestação fenomênica do processo ou 'meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo'. Aqui, nesse contexto, nada se explica sobre a origem desse 'meio'.

Agravam-se as tentativas de classificação do processo e procedimento nesta escola da relação jurídica (hoje instrumentalista), quando, além de se perderem em elucubrações fenomenológicas e enigmáticas, os teóricos dessa escola conectaram o processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade. Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a *jurisdição* hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da *jurisdição* e não instrumento desta. (LEAL, 2006 p. 92)

Como discorrido, a vertente brasileira da teoria da relação jurídica, capitaneada pelo discípulo de Liebman, o processualista paulista Cândido Rangel Dinamarco, firmou-se nos postulados clássicos da teoria da relação jurídica, que, além de não identificar coerentemente a distinção entre processo e procedimento, acrescenta a incongruente concepção de que o processo é um instrumento visando determinados fins. O procedimento é, nesse quadro,

apenas o meio pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 287)

Para Dinamarco, o processo é um instrumento porque todo instrumento é meio, e todo meio somente o é em função dos fins a que se destina. Essa concepção teleológica circundará todo o estudo do processo pelo processualista, o qual afirma que, ao fixar os escopos do processo, manifestar-se-á sua utilidade, de sorte que a compreensão da instrumentalidade do processo passará, inevitavelmente, pela relevância de seus escopos. (DINAMARCO, 2005, p. 181/182).

Vê-se, portanto, que a teoria do processo como relação jurídica revela-se inadequada à factibilidade democrática, mormente, quando se observa que tal teoria se sustenta em duas premissas que apresentam evidentes contradições: a concepção de que uma das partes na “relação processual” encontra-se em posição privilegiada e com poderes sobre a conduta de outrem; a compreensão de jurisdição como centro do sistema processual e do juiz como o único sujeito detentor do conhecimento da melhor solução. Por fim, acresça-se a concepção de que o processo é um instrumento a serviço dessa última.

Nas democracias plenárias é o procedimento democrático que motiva a formação comunicativa do direito e resguarda a legitimidade do ordenamento jurídico e a decisão judicial deve ser concebida de modo participado, estando o juiz vinculado, em sua atividade de julgar, à argumentação dos afetados.

3.3.1 Uma crítica ao modelo de execução penal brasileiro

A última parte deste capítulo retomará a abordagem da matéria contida no item 2.3.1 do capítulo antecedente, o qual registrou os incidentes (ou intercorrências) de execução penal. Nesse ponto, apontaremos algumas situações fáticas que retratam o desrespeito aos princípios constitucionais do processo. Uma alternativa à compreensão da execução penal, constitucionalmente adequada, será efetivada na última parte da pesquisa. Rememorando, a crítica será direcionada especificamente às seguintes intercorrências: regressão de regime, tanto pela prática de fato definido como crime doloso quanto pelo cometimento de falta grave, circunstâncias que podem ocasionar alteração no *status libertatis* do executado.

Essa retomada se torna essencial para o desenvolvimento da pesquisa. Pretende-se com isso denunciar que a execução penal se revela um momento do processo penal desenvolvido em completo distanciamento dos princípios do Estado

Democrático de Direito. Note-se que as bases de sustentação deste serão teorizadas no próximo capítulo, todavia, algumas dessas argumentações já serão adiantadas no próximo item, como forma de apontar de maneira crítica a inobservância dos princípios no curso da execução penal.

Para Grinover, Fernandes e Gomes Filho, é “do contraditório que brota o exercício da defesa, mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório.” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 77)

Quanto à fundamentação das decisões, prescrevem os doutrinadores que o juiz,

por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistante delas: ouvindo um, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. (DINAMARCO, 2005, p.57)

Apontam Pellegrini, Carvalho e Guimarães, com apoio em Marcelo Cattoni, a inadequação desta formulação no Estado Democrático de Direito, pois

acaba mitificando os direitos fundamentais e garantias processuais como proteção do indivíduo face ao Estado, numa acepção própria do paradigma liberal, no qual cabe ao Estado a garantia da certeza das reações sociais, no respeito aos direitos individuais. (PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 8)

As compreensões de ampla defesa, contraditório e fundamentação das decisões pela dogmática jurídica partem de uma leitura firmada numa concepção de jurisdição como noção de poder-dever que se encontra presente na justificação de todos os princípios do processo. No Estado Democrático de Direito não há forma mais adequada que compreender o exercício da jurisdição na execução penal senão mediante o processo. Não na acepção de processo para a doutrina predominante, a qual o entende a partir da figura do juiz, mas sim, mediante o processo constitucionalizado, numa perspectiva adequada ao paradigma democrático.

Nesse sentido, oportuno o esclarecimento de Flaviane Barros:

Portanto, parece-nos claro que a melhor compreensão do processo inserido no Estado Democrático de Direito é aquele que o compreende como procedimento em contraditório, mediante a participação dos atingidos pelo provimento e que se encontram em situação contrária diante do conflito a ser resolvido, em simétrica paridade de armas. Assim, o processo não precisa ser justificado pela posição de supra-ordenação do juiz e de sujeição das partes, mas sim pela construção participada dos afetados pelo provimento jurisdicional. (PELLEGRINI, 2004, p. 22)

Afinal, essas bases é que viabilizarão a sustentação de exigência de processualização do incidente de execução penal em moldes constitucionalmente adequados ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como se apreciará adiante.

3.3.1.1 Uma apreciação da ausência do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões no incidente que apura regressão de regime pela atribuição da prática de fato definido como crime doloso e por falta grave

A primeira ocorrência declinada no item antecedente, regressão de regime, demanda severas críticas, pois a Lei de Execução Penal não condiciona a regressão de regime a nenhum procedimento no qual seja assegurado ao executado o exercício dos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa. Pela mesma compreensão, não há exigência legal de sentença condenatória como pressuposto para a regressão: a determinação da regressão surge da simples atribuição da prática de fato ilícito (crime doloso). A título de esclarecimento, essa mesma ocorrência comina, ainda, outras sanções, dentre elas registramos a revogação do benefício de saídas temporárias, prevista no artigo 125, a perda dos dias remidos e a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Julio Fabbrini Mirabete explica que não é exigência que o crime doloso, elemento determinante da regressão de regime, tenha sido objeto de sentença condenatória ou tenha transitado em julgado:

Quando a lei exige a condenação ou o trânsito em julgado da sentença é ela expressa a respeito dessa circunstância, como aliás o faz no inciso II do art. 118. Ademais, a prática de crime doloso é também falta grave (art. 52 da LEP) e, se no inciso I desse artigo, se menciona também a infração disciplinar como causa de regressão, entendimento diverso levaria à conclusão final de que essa menção é superabundante, o que não se coaduna com as regras de interpretação da lei. Deve-se entender, portanto,

que, em se tratando da prática de falta grave ou crime doloso, a revogação independe da condenação ou aplicação da sanção disciplinar [...]" (MIRABETE, 2004, p. 485/486).

Provoca perplexidade que a Lei de Execução Penal permita a aplicação de sanção que provoca modificação no *status libertatis* do executado sem condicionar o esclarecimento do fato determinante da regressão à observância dos princípios processuais.

O contido no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal ainda convive, com relativa imperturbabilidade, com os dispositivos inseridos no art. 5.º, inciso LIV - "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; e também com a previsão contida no inciso LVI - "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" da Constituição da República. A dogmática posta, em sua maioria, entende que não subsiste contrariedade alguma entre os dispositivos da Lei de Execução Penal quando dispostos ao lado da Constituição Federal.

É verdade que a Lei prevê que antes da decretação da regressão de regime o executado deve ser ouvido pelo juiz. Pois bem, mas qual o conteúdo previsto neste ato processual? É meio de prova ou meio de defesa? Ele se sujeita a algum procedimento? Aplica-se à oitiva do executado os mesmos pressupostos exigidos no Código de Processo Penal para o interrogatório? Prevê a lei, unicamente, que caso o executado venha a negar a prática do fato atribuído como crime doloso, o juiz da execução determinará a produção de prova, entendendo que esta é indispensável, pois caso o juiz a entenda desnecessária, poderá decidir sobre a regressão a partir da simples oitiva do executado.

Há, portanto, por parte da doutrina e da jurisprudência, uma grande reserva com a possibilidade de uma processualização constitucionalmente adequada desses incidentes. As justificativas dos que pugnam pela desnecessidade, são, em sua maioria, baseadas nos mesmos argumentos utilizados pelos julgados abaixo consignados:

RHC - Falta grave - Regressão de regime prisional - Possibilidade. **É passível de sofrer regressão de regime prisional o condenado que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, pratique fato definido como crime doloso ou falta grave.** Inexistência de constrangimento ilegal em decretação de regressão de regime, quando

devidamente fundamentado. (RHC n. 5.765-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Fláquer Scartezini, j. 26/11/96, DJU de 7/4/97, p. 11.134, grifo nosso)

Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso, quando este pratica fato definido como falta grave, como previsto no art. 118, I, da Lei n. 7.210/84 (RHC n. 779-SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 8/9/98, DJU de 28/9/98, p. 120, ementa parcial)

Para a regressão do regime prisional pela prática de fato definido como crime doloso não se exige a condenação do sentenciado pelo novo delito. Se assim fosse, a Lei 7.210/84 não falaria em 'praticar fato definido como crime doloso', mas em ser condenado por crime doloso, e não equipararia, grosso modo, a prática do delito a simples falta grave. Nem teria sentido, outrossim, determinasse a prévia audiência do sentenciado (art. 118, § 2º), que jamais poderia justificar o cometimento de fato já proclamado criminoso por decisão judicial. (RT 636/291).

O sentenciado que pratica fato definido como crime doloso fica sujeito à regressão de regime prisional, **mesmo antes da existência de sentença condenatória transitada em julgado, sem que isto implique em afronta ao princípio constitucional da presunção inocência**, o qual não tem o condão de assegurar indenidade àqueles que decidem dedicar suas vidas à criminalidade. (RJDTACRIM 26/33, grifo nosso).

Pena - Regime prisional - Regressão - Sentenciado em regime semi-aberto indiciado em inquérito policial por posse de entorpecente durante o cumprimento da reprimenda - Falta grave caracterizada - **Revogação do regime independentemente do resultado de eventual ação penal** - Constrangimento ilegal inexistente - Habeas corpus denegado - Inteligência do art. 118, I, da Lei 7.210/84. [...] Processual Penal. Habeas corpus. Execução da pena. Falta grave. Regime carcerário. Transferência. Está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (art. 118, I, da LEP). Ordem denegada" (RT 651/334, grifo nosso).

Pela observação dos julgados em destaque, vê-se que não há qualquer preocupação com a inobservância do contraditório e da ampla defesa na apuração do incidente de regressão de regime. Todavia, contraditório, na atual ordem vigente, não se reduz a um plano meramente formal. O contraditório implica a participação dos afetados pelo provimento em simétrica paridade na construção deste. Ou seja: "não será apenas a decisão (sentença) que será construída participadamente, mas toda a estrutura procedimental que gera o provimento final que garante a simétrica paridade entre os afetados." (PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 10).

Cândido Rangel Dinamarco, o maior representante da Doutrina Instrumentalista, provocando equívocos tempestuosos sobre o tema, informa que a garantia do contraditório exprime que a lei deve prever o modo de participação dos litigantes no processo, cabendo ao juiz disponibilizar esses meios. Todavia, ressalva, o próprio juiz participa da preparação do julgamento que se efetivará,

exercendo ele próprio o contraditório (Cf. DINAMARCO, 2004, p. 214). E nesse sentido, complementa:

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.

Em qualquer sistema processual é imenso o valor da oferta de meios de participação aos litigantes, porque ordinariamente são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conhecendo melhor os fatos a alegar e os meios de prova disponíveis em cada caso. Além disso, a realidade mostra que o interesse pessoal é sempre a mais eficiente mola da defesa dos direitos e da sua efetividade. Quem vem a juízo postular ou resistir é movido pela aspiração ao bem da vida litigioso, seja para obtê-lo (autor, demandante), seja para manter o *status quo ante* (réu, demandado). Sabido que o processo tem o escopo magno de eliminar conflitos, não é natural que às pessoas envolvidas nestes se confie a iniciativa de procurar a ajuda do Poder Judiciário, sendo proibida ao juiz a instauração do processo de-ofício – como ainda que se conte com a participação de cada um, no curso do processo instaurado, em busca de solução favorável. Instaurado o processo, cresce hoje a tendência a reforçar os poderes do juiz e seus deveres de participação – mas ainda assim todo sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para *participar pedindo, participar alegando e participar provando*. (DINAMARCO, 2004, p. 215/216).

Pelo mesmo fundamento, Cintra, Grinover e Dinamarco expõem que o princípio também assinala a atividade “de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada. O princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*.”. E complementam: “Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.”, de forma que, a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 57).

Aroldo Plínio Gonçalves, referindo-se à bilateralidade de audiência, numa tentativa de aclarar o tema, expõe que

a conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava VON JHERING, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes. (GONÇALVES, 2001, p.120).

De se notar que a conceituação do princípio do contraditório fornecida pelos adeptos da escola da relação jurídica não encontra amparo no paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse, o contraditório adquire contornos mais complexos, relacionando-se à própria concepção de parte nas democracias. Nesse sentido, adequada a exposição de André Cordeiro Leal, asseverando que

no Estado Democrático, o Direito se legitima nos níveis de sua produção e aplicação pela existência de condições do desenvolvimento de um discurso racional (racionalidade discursiva), só possível mediante a anulação de coações, jamais se poderia negar efetiva aplicação aos princípios processuais inscritos na Constituição, como muitas vezes fazem os autores da doutrina processual brasileira.

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito elaborado pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos. (LEAL, 2002, p. 77).

Como visto, não se verifica efetivamente o contraditório no curso da execução penal, pois este, na ordem democrática vigente, adquiriu contornos de construção participada do provimento.

Prosseguindo, esclarece Aroldo Plínio Gonçalves que a participação do juiz não faz dele um contraditor, pois ele não participa em contraditório com as partes. Se entre ele e as partes não há interesses em disputa, não há porque atribuir ao juiz essa condição: o contraditório se desenvolve entre as partes, afinal elas estão no jogo de seus interesses, de maneira que, se atuam divergentemente, o fazem em razão de suas pretensões (GONÇALVES, 2001, p. 121).²² O princípio do

²² Oportuno consignar o esclarecimento de Pellegrini, Carvalho e Guimarães: “Assim, não é o consenso ou o dissenso que irão distinguir a atuação jurisdicional, e sim a existência do contraditório, assegurado constitucionalmente pela característica da expansividade do modelo constitucional de processo. [...] Assim, a formação do consenso exige a participação recíproca daqueles que serão atingidos pelo acordo, como já ressaltado acima, mas exige também um espaço procedimentalizado, que pode ser estruturado como conciliação ou mediação, conforme o caso. Esse espaço procedimentalizado, a partir da teoria fazzalariana, poderá ser compreendido como um processo ou um procedimento? A partir da crítica feita à teoria instrumentalista, que confunde o processo com o conflito, que exige o contraditório como ação e reação apenas quando não for possível o acordo, e da reflexão do consenso a partir da noção da participação dos sujeitos de direito como autores e destinatários da norma jurídica, podemos formular a proposição que a conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como processo; este compreendido no conceito de Fazzalari, ou seja, um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final realizado em contraditório pelos afetados pelo ato final.” (PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 5).

contraditório será mais aclarado no capítulo seguinte, quando trataremos do processo como procedimento em contraditório viável à construção da processualização do incidente de execução penal.

Essa observação nos remete ao levantamento de outra questão: como conciliar, ainda, os dispositivos da Lei de Execução Penal com o contido na Constituição da República, a qual preceitua em seu no inciso LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”? Pode acontecer que no curso da execução o executado esteja cumprindo a pena em regime semi-aberto. A atribuição da prática de fato definido como crime doloso ou a prática de falta grave imporá imediatamente a regressão, após a oitiva deste, ainda que não ocorra prisão em flagrante.

A prática de falta grave implica como consequências, além da regressão de regime (art. 118), a revogação de autorização de saída (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127). O que provoca perplexidade é que a apuração da falta grave é processada sem a intervenção do juízo, pelo diretor do estabelecimento prisional, como na situação fática reproduzida por Andrei Zenkner Schmidt:

Na comarca de Bagé, o apenado C. A. M. O. (Processo 20216), foi enquadrado em falta grave por ter-se colocado em isolamento voluntário em protesto contra a morosidade da Justiça. Posteriormente, em razão de seu pedido de progressão de regime, foi ele avaliado pelos técnicos da CTC e da EOC; os primeiros não entraram em consenso quanto à existência de condições favoráveis à progressão, enquanto a EOC contra-indicou o regime semi-aberto. A autoridade judicial de Rio Grande (o apenado havia sido removido) indeferiu a progressão, arvorando-se no parecer desfavorável dos peritos. Em sua decisão, afirmou: “Não é prudente possibilitar a indivíduo com semelhante natureza o precoce convívio com a sociedade quando se tem por certa a repetição da conduta delituosa”. (SCHMIDT, 2002, p. 105).

Ora, se no exemplo destacado a decisão administrativa fundamentou-se no laudo pericial, e tendo os peritos entrado em dissenso quanto à recomendação da progressão de regime, não poderia a autoridade administrativa, sob pena de ofensa ao princípio da fundamentação das decisões, restringir a liberdade do preso baseando-se unicamente no laudo que valida a não-progressão.

Nos incidentes, o juiz toma conhecimento após a consumação do fato: determinar ou não a progressão do regime (a lei também exige a comunicação ao juiz na ocorrência de regressão cautelar) (Cf. CINTRA JR., 1995, p. 128). De que forma se verifica, então, a garantia da ampla defesa nesse particular? Salta aos

olhos, pela mesma razão, a prescindibilidade de defesa técnica na apuração de faltas graves.

Com frequência se invoca a ordem pública para negar o direito à defesa técnica, o que faz lembrar que a expressão – ainda quando utilizada pelo próprio legislador – tem sido apontada como um recurso retórico, a permitir a introdução de conteúdos axiológicos, dando ao juiz amplo e inconveniente poder discricionário. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo no julgado cuja ementa se transcreve:

Afirmar-se que eventual apuração de falta disciplinar, ocorrida no âmbito interno de estabelecimentos prisionais, requer a assistência de advogado e respectiva defesa técnica, com a devida 'venia', não tem fomento jurídico, muito menos resguarda a ordem pública. Perante a autoridade administrativa, com incumbência de exercer o poder disciplinar em Cadeias e Presídios (artigo 47 da LEP), a garantia da ampla defesa não assume, nem pode assumir, o caráter de contencioso judicialiforme. A entender-se desse modo, com efeito, não mais haverá Cadeias e Presídios, senão Juízos e Pretórios, quando não Hotéis e Hospedarias. Como quer que seja, o exercício da ampla defesa nos procedimentos administrativos para apuração de faltas disciplinares, no âmbito dos Presídios, não só prescinde da nomeação de advogado ou defensor ao imputado faltoso, como até mesmo se afigura tal providência (assim levada a tal extremo) como incompatível com a ordem e o interesse público, contra os quais a garantia da ampla defesa não poderá se sobrepor, mas sim compatibilizar-se (Cf. TACrimSP – 8.^a Câ. – AE 855.927-2 – rel. juiz S. C. Garcia – j. 3.3.94).

Ao teorizarem sobre o direito de defesa, Pellegrini, Carvalho e Guimarães propõem uma nova adequação da configuração da ampla defesa, no sentido de esta ser visualizada como “garantia das partes de amplamente argumentarem”, ou seja, “além de participarem da construção da decisão (contraditório), têm direito de formularem todos os argumentos possíveis para a formação da decisão, sejam estes de qualquer matiz” (Cf. PELLEGRINI; CARVALHO; GUIMARÃES, 2005, p. 11).

Sem dúvida, o foco de maior iniquidade da Lei de Execução Penal encontra-se no capítulo que se dedicou à previsão das faltas e dos incidentes. Como anteriormente ressaltado, a análise dos incidentes é ofuscada pelo temor quanto ao risco que uma eventual absolvição pode provocar para a manutenção da ordem, por isso a decisão não se orienta por critérios técnicos, mas utilitários, estabelecendo verdadeiras sanções sem preceitos, fulminando os princípios do contraditório: “O ônus da prova da periculosidade é então covardemente invertido do Estado para o

próprio preso, que precisa demonstrar que a imputação valorativa que lhe é atribuída não procede.” (ROIG, 2005, p. 145).

3.3.1.2 Ofensa ao princípio da inércia da jurisdição no curso da execução penal

Nas hipóteses de regressão por cometimento de falta grave, previstas na Lei de Execução Penal, verifica-se que a exigência legal contida no art. 48, parágrafo único, de que “nas faltas graves, a autoridade representará ao juiz da execução para os fins dos arts. 118, I, 125, 127, 181, §§ 1.º, d, e 2.º, remete à discutível aceção de jurisdicionalidade na execução penal presente no art. 194, a qual retrata a ocorrência do procedimento judicial num aspecto meramente formal:

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

Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Art.196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em três dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

§ 1.º Sendo desnecessária a produção de prova, o juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2.º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

A lei contém, nos artigos que disciplinam o incidente, diversas incongruências que merecem registro. Primeiramente, não se verifica, de modo efetivo, a ocorrência de procedimento, não na atual configuração teórica exigida pela ordem jurídica vigente.

Não bastasse a inexistência de procedimento constitucionalizado, delimitando o processamento do incidente, o juiz da execução, afrontando os princípios constitucionais da inércia da jurisdição e da oficialidade, instaura, de ofício, o “dito procedimento” previsto em lei, o que confirma a assertiva marcada anteriormente de que na teoria processual predominante o juiz ainda detém uma posição privilegiada no processo. Essa é a compreensão da dogmática, ora colacionada:

O processo penal é também um *actum trium personarum*, tal como o processo civil, e por isso nele existem sujeitos parciais, ou *partes*, que atuam ao lado de um sujeito imparcial, ou *juiz*, em todo o curso do procedimento. [...] O juiz, figura central do processo, representa e encarna o Estado, na relação processual, como órgão jurisdicional a que incumbe aplicar os preceitos da ordem jurídica. (MARQUES, 1961, p. 395)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, apontando pertinentes esclarecimentos sobre a matéria, informa que na doutrina tradicional o juiz é tido como integrante da relação processual, para o qual sua posição é de órgão *super partes*, não significando, todavia, que esteja ele acima das partes, “mas que está para além dos interesses delas”. O juiz seria assim uma figura imparcial, como candidamente acena a doutrina tradicional, e, nesse sentido, “o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado” (COUTINHO, 2001, p.11), e com apoio em Carnelutti, arremata:

Uma leitura de tal ordem, à evidência, mostra-se insuficiente para referir o efetivo papel do juiz no processo penal. Há, nela, plenamente visível, algo nebuloso, encoberto, distante do que se constata no cotidiano forense. Uma primeira tomada de consciência do problema poderia começar com o alerta que Carnelutti fazia já em 1958: ‘Purtroppo il processo penale, anzi de sempre meglio, va sempre peggio. Si i giuristi, i quali coltivano questo ramo della scienza del diritto, invece che esibirsi in una dogmatica sempre più rigorosamente ancorata al diritto positivo, volgessero l’attenzione a ciò che avviene nella vita vissuta, frequentando le aule di giustizia o almeno meditando intorno alle cronache giudiziarie, non potrebbero rimanere insensibili a um svolgimento, che è una vera involuzione.’ (COUTINHO, 2001, p.14)²³

Oportuno consignar, por apresentar nítidas semelhanças com o modelo de execução penal, o esclarecimento do referido autor dissertando a respeito do sistema inquisitório. No sistema inquisitório, o acusado se apresentava como um mero objeto de investigação e o controle direto do processo penal pelos clérigos excluía, por apropriado, a presença de um órgão acusador. O processo era dirigido por um inquisidor, ao qual compete a incumbência de acusar e julgar. Nesse sistema, evidencia-se a superioridade do juiz que, sem reservas pratica suas

²³ “Desafortunadamente, o processo penal em vez de se aperfeiçoar progressivamente, está cada vez pior. Se os juristas que cultivam esse ramo da ciência do Direito, ao invés de se exibirem em uma dogmática cada vez mais estritamente radicada no direito positivo, se voltassem para aquilo que sucede na vida concreta, frequentando as salas da justiça ou pelo menos refletindo a respeito das notícias judiciais, não poderiam permanecer insensíveis a um desenvolvimento que configura uma verdadeira involução.” (tradução livre).

atribuições de instaurar, desencadear e impulsionar o processo. Todavia, a característica fundamental do sistema encontra-se na gestão da prova, entregue à direção absoluta do magistrado que a recolhe secretamente: “O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do *contraditório* e sendo o senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou fez) do fato”. (Cf. COUTINHO, 2001, p. 24). Compreende-se, então, porque nesse sistema

os juízes são permanentes; o juiz acusa, investiga, dirige e julga, sempre em nítida superioridade em relação ao acusado, mero objeto de investigação; a acusação é ‘ex officio’, mas pode ser consequência de uma denúncia secreta, altamente incentivada (malgrado a confissão dos pecados perante os padres pois, ainda que com seu sigilo aparentemente garantido, nunca deixou de ser um grande mecanismo de controle de tudo o que se passa na sociedade, mormente nas localidades menores, inclusive hoje), com a criação de locais apropriados para o recolhimento (em geral nas partes frontais das igrejas), como sucede no mármore horripilante do ‘Palazzo Ducale’ de Veneza, onde se lê: ‘denontie secrete contro chi occultera gratie et officii o coludera per nasconder la vera rendita d’essi’; o processo é, por excelência, escrito, secreto e não-contraditório; a prova é legalmente tarifada o que, na aparência, estaria a avaliação vetada ao inquisidor, embora tenhamos visto como tal empecilho tenha sido superado, mormente para alcançar-se a ‘rainha das provas’, a confissão; a sentença, para ser coerente com o modelo proposto, não se torna ‘res judicada’ e, por fim, para se sustentar uma tal ‘busca da verdade’, a regra é o perquirido estar preventivamente preso, à disposição do seu algoz. (COUTINHO, 2001, p. 30)

A posição dos juízes no campo da execução penal ainda se encontra umbilicalmente centrada na noção de modelos inquisitivos e acusatórios. Hoje, qualquer que seja o sistema processual, o juiz tem poderes para tomar medidas coercitivas em qualquer etapa do procedimento, tanto na produção de provas como na prolação da decisão.

Não obstante tal ocorrência, um dos princípios do processo disciplina a impossibilidade de o juiz acionar a jurisdição de ofício, por duas impossibilidades lógicas:

Com efeito, quando se autoriza ao juiz a instauração ex-officio do processo, como era típico no sistema inquisitório puro, permite-se a formação daquilo que Cordero chamou de “quadro mental paranóico”, ou seja, abre-se ao juiz a “possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.”

Mesmo assim, o futuro democrático do nosso processo penal aponta na direção de um sistema de essência acusatória e, nele, é altamente discutível

não só acometer aos juizes a investigação preliminar e a acusação, mas o próprio impulso processual quando em jogo estiver a produção da prova. (COUTINHO, 2001, 5,/6).

Procedente, pela mesma via, o ponto de vista de Rosemiro Pereira Leal

No campo dos direitos disponíveis, em que prevalece a liberdade das pessoas de movimentar ou não a jurisdição para exercê-los, não poderá o juiz substituir a parte para provocar a incidência da atividade jurisdicional. O *requisito da inércia* da jurisdição resulta da velha parêmia dos romanistas, que afirmavam: *'Nemo iudex sine actore'* (nenhuma atividade jurisdicional sem a provocação do interessado) ou *'ne procedat iudex ex officio'* (o juiz não pode instaurar procedimento por iniciativa funcional própria para examinar e julgar alegações de direitos). (LEAL, 2006, p. 118)

Não obstante, na esfera da execução penal, o juiz que instaura a apuração do incidente, o julgará, afrontando outra base de sustentação do Estado Democrático de Direito.

3.3.1.3 Execução penal: o espaço de confirmação do arbítrio

Como ressaltado, o modelo de execução penal brasileiro encontra-se regido por uma série de entendimentos equivocados, os quais refletem a completa inexistência de procedimento, quiçá de processo. Esse distanciamento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, propicia um ambiente altamente repressivo. Para construir uma compreensão adequada, reportemos às conclusões da investigação desenvolvida pelas pesquisadoras Alessandra Teixeira e Eliana Blumer Trindade Bordini que terminaram por contrariar teses do senso comum quando obtiveram um retrato do funcionamento do sistema de execução penal.

Os resultados foram apresentados e se basearam nos seguintes esclarecimentos: a) que, ao contrário do discurso proferido pela mídia, o Judiciário apresenta um comportamento refratário dos dispositivos da Lei de Execução Penal, no que se refere à concessão dos benefícios que nela estão previstos; b) que o judiciário polemiza suas decisões, assumindo um discurso altamente repressivo (essa conclusão de deve aos baixos números de presos que alcançaram a

concessão dos benefícios), até porque, de acordo com o resultado da pesquisa, a maioria dos juízos das varas de execuções penais relativizam ao máximo os direitos previstos na lei; c) que os laudos criminológicos²⁴ fazem o papel de instrumento aproveitável pelos juízes, porque em sua maioria implicam em negação de benefícios; d) ao contrário do que se esperava, as medidas não conseguiram frear a criminalidade, pelo contrário, aumentou-se o contingente nas prisões em razão do não-escoamento da população carcerária. (TEIXEIRA; BONDIM, 2003, p. 276)

O descaso com que é tratado o sentenciado na execução penal se dá pela falsa compreensão, que ainda hoje prevalecente, de que o juiz é o guardião da paz social (Cf. CINTRA JR. 1995, p. 123/124). Essa perspectiva é verificada inclusive pelos adeptos da escola instrumentalista:

No que tange ao processo criminal, ao devido processo legal para aplicação da pena, ainda há, até por força da tradição, na jurisprudência, certa resistência ao arbítrio com que as 'agências executivas' – a expressão é do penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni – querem transformar, além dos limites da Constituição, a atividade repressiva. No caso, porém, da execução, até por ser recente o entendimento de que se trata de atividade jurisdicionalizada, nem isto ocorre. A jurisdição acaba sendo introduzida – e assim mesmo em a eficácia que era de se esperar – episodicamente. E o contraditório e ampla defesa, na prática, ou não existem, ou são meras expressões formais, sem presença material, a justificar a repetição do arbítrio. (CINTRA JR., 1995, p. 125)

No curso da execução da pena privativa de liberdade, o executado sofre uma série de castigos que vão da segregação à privação da fruição de certas atividades, muitas vezes sem controle jurisdicional, o que pode ser exemplificado com a previsão legal de que no curso de execução penal não se aplica a tentativa, nos moldes previstos no art. 14 do Código Penal:

A punição da tentativa com a pena correspondente à falta consumada segue uma lógica estritamente defensivista, cujo autoritarismo se notabiliza com a repreensão, seja da mera vontade contrária à norma, seja da conduta que não suscita uma efetiva lesão (ao contrário da falta consumada) ao bem jurídico *segurança*, tutelado pelo ordenamento penitenciário. Assim, constatamos que o regramento penitenciário brasileiro adotou, como fundamento da punição da evasão, a periculosidade do autor da empreitada. A integridade da instituição *cárcere* não pode, de modo algum, ser desafiada

²⁴ O laudo criminológico é um parecer técnico extraído do exame criminológico e é obrigatório para a classificação do preso e da elaboração do programa de tratamento. É obrigatório quando houver o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado.

por atos subversivos dos internos, sendo imperiosa a inflexível punição dos faltosos, como instrumento dissuasório. (ROIG, 2005, p. 149).

Numa confirmação das evidentes preocupações expostas na pesquisa, Cintra Jr. fornece também alguns relatos que comprovam o completo distanciamento entre a execução e os princípios constitucionais do processo, e que merecem transcrição:

Exemplos de sindicâncias esdrúxulas:

a) aquela em que o Conselho Disciplinar da Casa de Detenção da Capital considerou ter certo detento incorrido em 'falta disciplinar de natureza grave', nos termos dos arts. 50, VI, c/c. o 39, II, da Lei 7.210/84, sancionando-o com 'quinze dias de privação celular, com suspensão de todos os direitos, favores e benefícios gradativos; suspensão de regalias por 30 dias, a contar de sua liberação do regime de Provação Celular', porque 'faltou com a verdade' (Exec. 315.489 da Vara das Execuções Criminais da Capital);

b) aquela em que um preso da Casa de Detenção de Parelheiros teve que responder por que 'chutou a viatura e xingou os funcionários', enquanto era transportado, reclamando da velocidade e condições de transporte. (Exec. 254.461);

c) outra em que o detento foi acusado de falta grave por ter sido apanhado com 'três quilos de café' (Exec. 256.419). Aliás, para os internos da Casa de Detenção Professor Flamínio Fávero, 'A mentira é punível com privação celular' (segundo a cláusula 12.^a dos Deveres para com a Ordem e Disciplina). (CINTRA JR., 1995, p. 113/115).

Os mesmos exemplos infelizes são relatados por Andrei Schmidt:

[...] na qualidade de Conselheiro Penitenciário, tive notícia de casos em que apenados foram enquadrados nessa falta grave (e, conseqüentemente, foram postos em isolamento celular, além do que não puderam durante 12 meses, receber "benefícios" como comutação, indulto, livramento condicional etc.) porque se colocaram em greve de fome em protesto pelo não-deferimento de sua remoção (Processo de Execução Criminal 21392700361, Passo Fundo/RS, atualmente em Soledade/RS, Processo de Execução Criminal 1.310.062) ou contra a morosidade da Justiça (Processo de Execução Criminal 03484698, Comarca de Bagé/RS). Noutra situação, um preso foi punido porque se recusou a cortar os cabelos, caso em que foi obrigado a tanto por decisão judicial (Presídio Estadual de Getúlio Vargas/RS, Sindicância 002/96). Já na comarca de Espumoso/RS (Processo de Execução 3.308) um apenado restou punido disciplinarmente por ter se apresentado no Presídio com sinais de embriaguez. (SCHMIDT, 2002, p.116).

O apenado V.R.L.M. foi flagrado com US\$382,00 dentro do presídio, sendo que cumpria, há mais de 15 anos, pena em regime fechado. Em razão da apreensão, o diretor do estabelecimento penal determinou a ele o isolamento celular do apenado por dez dias. O apenado informou que a soma em dinheiro foi obtida com a economia de mais de três anos de auxílio-reclusão, e que guardava consigo o dinheiro porque sua esposa morava sozinha, numa casa de madeira, sendo assim mais seguro o porte pessoal dentro do presídio. Além disso, apresentou recibos de aquisição dos dólares perante

uma agência de turismo daquela cidade. O processo, em razão disso, foi arquivado, **após, contudo, o seu isolamento celular.** (grifo nosso)

Nesse exemplo, além de revelar-se que a amplitude do art. 50 da LEP acaba autorizando punição por falta grave para fatos que sequer implicitamente estão nele contidos, também se nota que, na execução penal, a sanção disciplinar é aplicada antes mesmo de concluído o processo administrativo, revelando-se uma clara ofensa ao *princípio da presunção de inocência*. No caso mencionado, o apenado foi absolvido por falta (pois provou a origem lícita dos dólares), mas isso só se verificou após a determinação do isolamento celular. (SCHMIDT, 2002, p.116).

Isto ocorreu, por exemplo, no processo de execução 315.489 do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital (*DECRIM 7*): a requerimento do Ministério Público, foi determinado o refazimento do procedimento administrativo no qual, sem defesa técnica, o sentenciado havia sido considerado incurso em falta disciplinar grave, por ter 'faltado com a verdade'. De outra parte, o Promotor de Justiça de Execuções Criminais solicitou, em ofício recente, os diretores de presídios tomem providências para que sejam 'adotadas providências para a nomeação de defesa técnica em favor dos sentenciado, em todos os procedimentos administrativos (Sindicâncias) instauradas para apuração de faltas disciplinares, ante a previsão dos arts. 5.º, LV, da CF, 143 da CE, e 55, da Lei 7.210/84. (CINTRA JR. 1995, p. 130).

Os modelos de afronta aos direitos fundamentais expostos simbolizam e retratam com fidelidade que a execução penal requer delineamentos da processualização do incidente para apuração das faltas graves nos quais sejam resguardados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, sistematicamente olvidados pelo modelo inquisitorial totalizante que nela vigora, como forma de conter o arbítrio punitivo do Estado em sede de execução penal.

Foi preciso apresentar modelos de ofensa ocorridos na esfera da execução penal como forma de sinalizar, então, uma compreensão constitucionalmente adequada para a execução penal e é possível antecipar: a concepção de processo como relação jurídica, seja pela sujeição das partes ao juiz, seja pela inadequada noção de direito subjetivo, está em dissonância com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Esses modelos de ofensa apresentam a execução penal como uma instituição total, no qual os direitos do preso são desrespeitados e colocados à disposição da autoridade administrativa e, muitas vezes, do próprio judiciário.

No próximo capítulo, proporemos uma interpretação constitucionalmente adequada para a execução penal a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como sua adequação à compreensão de processo e procedimento em contraditório e ao modelo constitucional de processo.

4 Estado Democrático de Direito, procedimento e processo constitucionalizado

Pretendemos, nesta parte final, reafirmar a condição de sujeito de direitos do executado a partir da demarcação de seus direitos e, sobretudo, de suas garantias processuais, assegurados pela teorização do Estado Democrático de Direito, derivados das proposições do modelo constitucional de processo e do processo como procedimento em contraditório.

Os modelos de ofensa aos direitos fundamentais dos presos apresentados no final do capítulo antecedente retratam por que a execução penal requer delineamentos por meio da processualização pelos marcos teóricos adotados.

Essa viabilidade somente se confirma porque no paradigma democrático, como se verá, não subsiste a concepção de processo como relação jurídica, em sua estruturação proposta. Por isso, o estudo do Estado Democrático de Direito se revela essencial à pesquisa. Desta maneira, mister se faz conhecer seus pilares, pois esse se fundamenta na pré-compreensão de direito fundamental definido pela reestruturação das esferas pública e privada a partir da noção de atividade argumentativa, como forma de consolidação da cidadania efetiva. A sociedade civil tem destaque no Estado Democrático de Direito, a qual, mediante um direito participativo, controla e fiscaliza o Estado na busca da fixação do composto de direitos e garantias.

Nesse sentido, oportuna a formulação de Rosemiro Pereira Leal, ao esclarecer que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já se encontram fixados na consciência dos indivíduos, “mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia.” (LEAL, 2002, p. 31). Iniciamos, pois, pela teorização do paradigma do Estado Democrático de Direito.

4.1 Teorização sobre o Estado Democrático de Direito

Cumpra-nos, neste ponto, estabelecer a compreensão paradigmática de Estado Democrático de Direito, para avançarmos, então, para a concepção de processo nesse paradigma. Essa delimitação se revela imprescindível porque a doutrina processual brasileira, como visto, ainda não conseguiu perceber a modificação operada a partir da Constituição de 1988. Parte dela ainda se encontra presa ao paradigma do Estado de Bem-Estar Social.

Iniciamos a tarefa pela definição do termo paradigma. Cunhado pelo físico Thomas Samuel Kuhn, o termo surgiu de uma pergunta que Kuhn fizera na sua obra *Estrutura das Revoluções Científicas*, quando responde negativamente à questão “existe realmente uma evolução lenta e gradual na ciência?”. Para o autor, a ciência se desenvolve mediante rupturas, denominadas por ele de revoluções. A respeito, Menelick de Carvalho Neto assim esclarece:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, por meio da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmo e do mundo. Por outro lado, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. (CARVALHO NETO, 1999b, p.78).

Ainda pela compreensão de Menelick de Carvalho Neto, a discussão desenvolvida por Kuhn está intimamente ligada à filosofia da linguagem:

Toda essa discussão está intimamente vinculada à filosofia da linguagem. Nessa época, a filosofia da linguagem estava a descobrir, desde Wittgenstein, o papel fundamental que o silêncio exerce na linguagem. É claro que tudo isso que eu estou dizendo, digo no pressuposto de que posso ser entendido, mas esse é um pressuposto contrafactual, pois, na verdade, se formos verificar as vivências das pessoas, essas são muito diversas e a possibilidade de se ver efetivamente compreendido é pouco plausível. Ao retirarmos o pano de fundo compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo democracia, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional mas mero preconceito, ou seja, uma precompreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum. E conquanto efetivamente possamos provar empiricamente que a comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é

claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: 'nós nos comunicamos porque não nos comunicamos'. São exatamente essas preocupações que integram o pano de fundo da linguagem que constituem o que Kuhn denomina paradigma. (CARVALHO NETO, 2001, p. 221).

Se por um lado a noção de paradigma indica como a ciência desenvolve mediante grandes interrupções, e a cada ruptura o novo rompe com as elaborações científicas dos paradigmas anteriores, por outro, essa noção diz respeito a um conjunto de teorias, tradições, crenças e panos de fundo compartilhados no silêncio que permitem a comunicação. Por isso, ressalta Habermas que “os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.” (HABERMAS, v. II, 1997, p. 131). A partir de que a constituição passa a ser compreendida como um processo pretensioso de realização do direito, “todos os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito pode ser explorado efetivamente no horizonte das tendências e estrutura sociais dadas”. (HABERMAS, 1997, v. II, p. 131).

Nesse sentido, a ideia de paradigma vai influenciar a ciência do Direito a partir da década de 60, com um movimento iniciado na Alemanha, no qual se percebe que no direito também havia paradigmas. E quais seriam, então, esses paradigmas jurídicos?

Flaviane Pellegrini, adotando posicionamento de Marcelo Cattoni, ressalta que “a noção de paradigma está atualmente estruturada na ciência do direito para compreendermos de que forma determinada sociedade, num determinado período, compreende os princípios constitucionais e o sistema de direitos.” (PELLEGRINI, 2003a, p. 47). O denominado paradigma pré-moderno, que vai da Antiguidade a Idade Média, compreenderia então “o direito aglutinado a normas morais, religiosas e costumeiras, de modo que o direito se identificava com normas concretas e individuais, as quais se justificavam pelo privilégio de um grupo ou de um indivíduo.” (PELLEGRINI, 2003a, p. 47). Em sociedades arcaicas, prenuncia Luiz Moreira, a integração social se dava pela coesão fornecida pela autoridade do sagrado ou pela autoridade do costume (Cf. MOREIRA, 2004, p. 142). Desta maneira, como ressalta Menelick de Carvalho Neto,

é possível reconstruir um único grande paradigma de Direito e de organização política para toda a antiguidade e a idade média, como contraponto à modernidade que, por sua vez, será apresentada em três grandes paradigmas (o do Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito), os quais se sucedem cronologicamente em um processo de superação e subsunção” (CARVALHO NETO, 1999, p. 476).

O paradigma pré-moderno entra em decadência ao longo de três séculos, surgindo assim, a partir das revoluções liberais, a francesa e a americana, o paradigma do Estado Liberal como o primeiro paradigma da modernidade.

Nesse primeiro paradigma do Estado Constitucional, o direito passa a ser compreendido como um sistema de normas genéricas e abstratas, nele são positivados e garantidos direitos com especial dignidade e surge também a premissa da menor intervenção estatal possível na vida privada das pessoas. Todos eram considerados livres e iguais; o fato de alguns não conseguirem alcançar riqueza, justifica-se por não estarem aptos para tanto. Nesse paradigma temos uma ideia de constituição formal: um conjunto de leis abstratas asseguraria direitos universais e inalienáveis aos cidadãos, os quais funcionariam como uma barreira frente à atuação estatal. Assim, uma sociedade econômica, institucionalizada por meio do direito privado deveria ser separada do Estado e entregue à ação instintiva da engrenagem de mercado, desta maneira, os indivíduos tendem a encontrar a sua felicidade mediante a busca racional de interesses próprios. (HABERMAS, 1997, v. II, p. 138). Para Habermas, o erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, “em assinalar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos”. Todavia, explica, “os direitos não são bens consumíveis comunitariamente, pois só podemos ‘gozá-los’ se os exercitarmos.” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 159).

Propugna Menelick de Carvalho Neto que, no paradigma do Estado Liberal, encontrava-se a concepção formal da Constituição, tão sonhada pelo liberalismo. A Constituição, dessa forma, deveria ser perfeita e funcionar com a precisão de um relógio. Acreditavam os homens que a Constituição “traduziria mecanicamente a verdade universal e evidente dos direitos racionais, inegáveis a qualquer ser humano.” (CARVALHO NETO, 2001, p. 147). O Estado Liberal, nasceu, portanto,

como uma fórmula de compromisso que implicaba aunar diversas garantias formales y el principio de legalidad, com uma serie de garantias materiales, ya que el primado de legalidad, com carácter de expresión de la voluntad

general y em su inmediata orientación a la afirmar que, en estas formulaciones iniciales del Estado de Derecho, la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada em la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 220)

Ressalta Antonio E. Pérez Luño, que o individualismo, assim como o apoliticismo e a neutralidade do Estado Liberal de Direito não podiam satisfazer a exigência de liberdade e igualdade real necessitada pelos econômica e socialmente pobres. Esse aparente apoliticismo propiciou diversos conflitos de classe, revelando a insuficiência dos marcos de liberdades burguesas. Tais circunstâncias, conjugadas com as condições nas quais se desenrola o capitalismo avançado, terminaram na aparição do “*sozialer Rechtsstaat*”, que, abandonando as premissas de neutralidade e individualismo, chama para si a intervenção direta nos processos econômicos (1995, p. 223). Nesse paradigma, ressalta Habermas:

o Estado Social, estabelecido com sucesso, deixou transparecer efeitos colaterais disfuncionais. Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da ‘crise do Estado Social’ residia na ‘insensibilidade’ das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado Social simétrica à da “cegueira social” do direito formal burguês. (HABERMAS, 1997, v.II, p. 125)

Nesse segundo paradigma do Estado Constitucional, os direitos são ampliados, com a criação dos direitos de segunda geração (direitos sociais e coletivos, tais como o direito à saúde, escola, previdência, assistência etc) em contraposição aos direitos individuais, que passam por uma redefinição, numa tentativa de materializar os direitos e a Constituição. O Estado, nesse paradigma, deve ser forte, apto a responder aos muitos desafios das sociedades. A grande pretensão era assegurar cidadania às pessoas, tarefa não alcançada, porque um Estado Social providente, que concede oportunidades de vida boa, garantindo aos indivíduos a base material para uma existência humana digna, correria o risco de afetar, por meio de suas interferências precipitadas, a própria autonomia que ele deve proteger (Cf. HABERMAS, v. II, 1997, p. 145).

A hermenêutica jurídica, por seu turno, também passa por grandes reformulações. Neste paradigma, o juiz interpreta a lei mediante parâmetros construídos pela ciência jurídica. Para Habermas, o modelo do Estado social surgiu

da crítica reformista ao direito formal burguês (1997). Ao contrário do paradigma anterior no qual não se permitia ao juiz interpretar a lei em razão de sua clareza.

Relata Flaviane Barros que

o Estado Social serviu de base para a mudança para o paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com a lembrança viva do holocausto e da bomba atômica, bem como dos movimentos dos anos 60 e 70, como o movimento *hippie*, os movimentos estudantis e o movimento feminista, que formaram a base questionadora do paradigma anterior (PELLEGRINI, 2004, p. 6)

A crise do paradigma do Estado de Bem-Estar coincidiu na década de 70, com a crise do petróleo e com a revolução de informação, surgindo, então, o Estado Democrático de Direito. Essa crise é bem definida por Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A separação nítida entre as tarefas estatais, definida no Estado Liberal pelo absentéismo estatal é redefinida no Estado Social pela sua tutela intervencionista na sociedade, desapareceu a olhos vistos. Agora, o paradigma constitucional contemporâneo espera que a sociedade e Estado atuem em razão do princípio da subsidiariedade, de forma a reconhecer/impor à autoridade estatal funções supletivas diante das insuficiências das instituições/associações privadas.

Nesse contexto, a ponderação de valores, fosse pela 'Jurisprudência de Valores' das Cortes Constitucionais européias, fosse pela teoria alexyana de argumentação, surgiu como solução última e definitiva para o dilema positivista: a subjetividade passou a admitir um controle racional sustentado na discursividade em contraditório. A fundamentação das decisões, por meio de argumentos aferíveis *a posterior*, legitimava a Jurisdição e, em especial, a Jurisdição Constitucional. (CRUZ, 2004, p. 194/195)

Como ressalta Menelick de Carvalho Neto, com o final da Segunda Guerra o paradigma do Estado Social começa a ser questionado (CARVALHO NETO, 1999, p. 481). A premissa segundo a qual os dois paradigmas (Estado Liberal e Estado Social) são concorrentes passou a ser questionada a partir do momento em que o Estado Social, então estabelecido com sucesso, deixou à mostra efeitos colaterais (HABERMAS, 1997, v. II, p. 125).

Fato é que os dois primeiros paradigmas mantêm entre si uma disputa constante, que se reporta à definição dos pressupostos fáticos que delibera o *status* de "pessoas de direito" em sua função de destinatárias da ordem jurídica, porque elas somente serão autônomas quando puderem se assumir também como autoras

do direito, ao qual estão submetidas como destinatárias (HABERMAS, 1997, v. II, p. 146).

No paradigma democrático a ordem jurídica somente será considerada legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, por que são ambas, enfim, co-originárias. Nisso consiste a chave da visão procedimental.

Nesse ponto, os estudos de filosofia de Jürgen Habermas são esclarecedores e propiciam uma compreensão constitucionalmente adequada da prevalência da teoria do discurso na construção do Estado Democrático de Direito, porque em Habermas, o princípio do discurso, que ensina como os destinatários são simultaneamente os autores de seus direitos, através da forma do Direito, se converte em princípio da democracia (MOREIRA, 2004, p. 138/139).

Chamon Junior propõe interessante construção na teorização do Estado Democrático de Direito e das suas peculiares problematizações. Assim, partindo do magistério de Menelick de Carvalho, articula o autor a compreensão de paradigma como um horizonte de sentido, o qual permite aos indivíduos a elaboração “crítico-argumentativa” de assentimentos admissíveis quanto a algumas questões problematizadas em dado momento histórico. O termo paradigma exprimiria, assim, nada mais que aquilo “intersubjetivamente compartilhado e que é considerado, em seu todo, aproblemático por, justamente, se referir às práticas sociais de determinado momento e local”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p.170).

A corroborar referida compreensão, Chamon Junior argumenta que no campo do direito vive-se uma sucessão de rupturas paradigmáticas na interpretação do próprio direito, apontando que uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito há de ser não apenas um desígnio da Constituição da República, pois que se observa uma existência deste momento plural. O prognóstico disso se verifica pela pluralidade de estilos de vida e pela “pulverização dos valores individuais e grupais”. Por tal razão, conclusão interessante tem o autor:

Os distintos grupos, antes alijados das discussões, não mais são ‘postos em seu devido lugar’, em uma pretensa segregação, mas têm a *possibilidade* e a capacidade intencional de participar e conviver nos mesmos foros que os demais grupos. A compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, em face do Estado de Bem-Estar, significa, antes que mais nada um diferencial no *reconhecimento da diferença*: não mais se pretende estabelecer para os outros aquilo que se julga bom para estes, mas o que importa agora é uma superação desse modelo eticizante pela ruptura

significada por uma visão democrática que diz antes respeito a uma procedimentalização. Trata-se, destarte, de um paradigma procedimental cuja abertura à pluralidade se dá mediante a possibilidade recíproca de *todos participarem e se reconhecerem como co-autores do Direito*. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 171) (grifos do autor)

Nessa perspectiva, aponta Chamon Junior que a argumentação jurídica há de se desenvolver no campo do devido, perspectiva capaz de assumir a racionalidade e sustentabilidade das decisões. Por seu turno, o caminho para a referida decisão há de ser construído a partir da descrição das circunstâncias concretas de forma argumentativa no cerne do procedimento, verificando-se, em seguida, a coerência normativa, ou o juízo de adequabilidade da norma. Num paradigma que pretende ultrapassar o anterior pelo reconhecimento da diferença, tal exigência é de rigor. (CHAMON JUNIOR, 2006, 174-176).

Importa-nos, neste ponto, estruturar as bases do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito como elaboração permanentemente estimulada tendo em vista a problemática existente no curso da execução da pena, já apontada.

Ao situar o processo no paradigma do Estado Democrático de Direito será exequível estabelecer uma possibilidade viável à processualização do incidente de execução penal, em bases discursivas, porque em um Estado Democrático o Direito só manterá sua incumbência de assegurar expectativas de direitos quando puder afastar a noção que situam os sujeitos de Direito como meros ouvintes da marcha jurídico-política (MOREIRA, 2004, p. 126), o que pode ser conferido por meio de uma visão procedimentalista do direito.

No paradigma democrático, a noção de participação é pressuposto de legitimidade de qualquer decisão e a ideia de autolegislação envolve a concepção de que aqueles que se encontram submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam se ver também como autores do direito. Portanto,

os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo eqüitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios. (HABERMAS, 2003, p. 274).

No paradigma procedimentalista de Habermas, o princípio do discurso assume a condição de princípio da democracia quando a “carga de legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva de opinião e de vontade”, e de outro lado, conclui, “a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 168).

Passemos, pois, ao esclarecimento do processo no paradigma democrático.

4.2 A cisão entre processo e procedimento: a contribuição fazzalariana ao estudo do processo

Dierle Nunes sinaliza que a dinâmica reformista do sistema processual iniciada no final do século XIX evidenciou uma clara propensão de transição de um “processo liberal (liberalismo processual), escrito e dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual”: processo como instituto de bem estar social. Essa visão de processo foi o ambiente propício para a exacerbação dos poderes diretivos do juiz, não apenas em sua expressão formal, de aferir e fomentar a estruturação e a cadência dos atos processuais, mas também em sua expressão material, no sentido de que ao órgão judicial incumbia ainda a gestão e a iniciativa prestante na seleção do material apto a formar o objeto do juízo sobre o mérito. A doutrina da socialização do processo, no objetivo de restabelecer a paz jurídica, se impõe com o apoio do juiz.

Na visão retratada, o processo com essa ineludível atribuição social envolve um juiz diligente e dinâmico que se apresenta como intérprete dotado de percepção privilegiada na averiguação solitária e acesso privilegiado aos valores do bem comum de uma dada sociedade (Cf. NUNES, 2004, p. 42/43). Em tal panorama solipsista, as partes são expurgadas da formação do discurso processual.

O processo que durante o liberalismo processual foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt, respectivamente, de ser jogo ou guerra entre os advogados que possuíssem maior esperteza volta a sê-lo por meio da credulidade da idéia salvacionista do órgão julgador. (NUNES, 2004, p. 43).

Não se viabiliza mais a prevalência de um sujeito com privilégio cognitivo aos ideais de jurisdição. Justifica-se, no paradigma Democrático, a utilização do espaço instaurado pelo processo como local de problematização de todas as questões para a adequada formação de todos os provimentos. Nesse pensamento, as garantias constitucionais processuais adquirem desmedida importância na concretização de um Estado constitucional democrático, pois elas propiciam a instituição de “balizas processuais na construção de todos os procedimentos formadores do provimento”. (NUNES, 2004, p. 52).

Vislumbra-se, assim, a necessidade de construir este procedimento participativo e democrático na formação dos provimentos a partir da percepção adequada das garantias constitucionais processuais (modelo constitucional de processo) (NUNES, 2004, p. 53). Por isso o procedimento precisa estar estruturado de modo que sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos assumam as instituições, afastando a casualidade de decisões arbitrárias (Cf. MOREIRA, 2004, p. 146).

Oportunamente, Elio Fazzalari (2006) denunciou a percepção do fracasso das teorias desenvolvidas sob a noção de direito subjetivo e de processo como relação jurídica, propiciando verdadeiro salto epistemológico no estudo do processo. A partir dessa compreensão, pode-se encaminhar o discurso processual para uma perspectiva constitucionalmente adequada ao paradigma democrático.

Informa Aroldo Plínio Gonçalves que para chegar à compreensão de processo, preocupou-se Fazzalari previamente com a definição dos conceitos que utiliza no desenvolvimento de sua argumentação, visando distingui-los dos conceitos tradicionais, referindo-se a realidades jurídicas diferentes (GONÇALVES, 2001, p. 106). Desta maneira, parte Fazzalari da conceituação de norma, ato jurídico, posição subjetiva, direito subjetivo e relação jurídica. A norma consiste, portanto, no padrão de valoração de uma conduta e contém a indicação de “pressuposto” em função do qual determinado comportamento é submetido à valoração jurídica, denominado pelo autor, de “fatispécie”. (FAZZALARI, 2006, p. 77). A posição do sujeito em relação à norma permite falar em posição subjetiva, ou posição jurídica subjetiva, qualificando a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita ou como dever ou como devida. Registre-se que os atos lícitos qualificados como faculdades ou poderes nada têm a ver com o significado tradicional de direito subjetivo. (Cf.

GONÇALVES, 2001, p. 106). Posição subjetiva é, portanto, posição do sujeito frente à norma valorativa:

Da posição do sujeito em relação ao objeto do comportamento descrito na norma, FAZZALARI extrai o conceito de direito subjetivo, não como um poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica, mas como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma, posição que se apreende pelo 'objeto do comportamento' descrito na norma relacionado ao sujeito. Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu." (GONÇALVES, 2001, p. 106).

Afirma Fazzalari que as concepções de processo e do procedimento encontram-se superadas e que durante muito tempo os processualistas tiveram grande dificuldade de definir o processo, permanecendo ligados ao velho e inadequado 'clichê pandectista de relação jurídica processual' (FAZZALARI, 2006, p. 111). Ressalta Fazzalari que os administrativistas, buscando inspiração no modelo das atividades da jurisdição, foram os primeiros a compreender o conceito de procedimento como um modelo patente, mas chegaram à constatação de que esse arquétipo não é exclusivo da justiça, mas um esquema da teoria geral, podendo ser aperfeiçoado em qualquer área (FAZZALARI, 2006, p. 112). Por isso, torna-se necessário o esclarecimento de duas questões centrais no estudo do processo: a estrutura procedimental e o contraditório. Não por acaso, a concepção de processo para Fazzalari, pressupõe a reelaboração do conceito de procedimento, que passa a ser entendido como sequência de atos preparatórios de um provimento estatal, e não mais mera exteriorização do processo, de modo que adquire, assim, contornos de uma espécie de gênero procedimento, aliado a uma importante característica autorizativa de uma classificação destacada: o contraditório (Cf. LEAL, 2005, p. 107).

Quanto à estrutura procedimental, cada norma que a compõe descreve uma determinada conduta que se qualifica como direito ou obrigação. Então, configura-se a estrutura do procedimento quando se está diante de uma série de normas reguladoras de condutas. O procedimento se apresenta, enfim, como uma cadeia de atos, sejam faculdades, direitos, ônus ou deveres. Esses atos, presentes no procedimento, se apresentam previstos e valorados pelas normas, sendo o ato antecedente pressuposto de um imediato, tudo de acordo com a ordem estabelecida pela lei. Por isso, para Fazzalari, encadeamento desses atos, estabelecida pela

norma, assegura o provimento final extraído dessa sucessão de atos: o provimento, compreendido como o resultado do procedimento há de ser precedido pela estrutura procedimental (Cf. FAZZALARI, 2006, p. 113/114).

Já se torna possível, com essa delimitação inicial da noção de procedimento, sinalizar a compreensão adiantada no capítulo antecedente: que a execução penal reclama um procedimento estruturado como pressuposto da decisão extraída no esclarecimento do incidente de execução penal. Continuemos, pois, a desenvolver a contribuição fazzalariana.

Desta maneira, a identificação do procedimento baseia-se no provimento ao qual ele põe fim de forma regular, significando que ocorrido um vício no cumprimento de uma das atividades preparatórias, e não sendo este reparado no ato imediatamente posterior, terminará por contaminar o ato final (o provimento). Por isso a norma que disciplina a estrutura de um ato não se completa por si mesma, pelo contrário, como se trata de ato componente de um procedimento, situa-se como um ponto determinado na sequência normativa, ao lado de outras normas singulares (Cf. FAZZALARI, 2006, p. 116/117).

O que interessa a Fazzalari, como também a nós, é o esclarecimento da cisão entre processo e procedimento. Nesse sentido, para o autor,

o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (FAZZALARI, 2006, p. 118/119)

A partir dessa conceituação, pode-se compreender porque, para Fazzalari, não basta a identificação de que só há processo se houver a participação de mais sujeitos. Tampouco subsistem as tentativas de definir o processo a partir da existência de um conflito de interesses. Essa participação dos sujeitos é elemento imprescindível, sim, mas não hábil para a caracterização do processo. Pode haver conflito de interesses e não existir processo, se este se desenvolver sem contraditório: “onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.” (FAZZALARI, 2006, p. 120/121).

Exige-se mais que isso. Os modelos de processo permitem observar que a estrutura dialética do procedimento somente se verifica mediante o contraditório. Essa estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final (o

provimento), na mútua inferência das suas ações e na pertinência das atividades para o autor do provimento, de maneira que “cada contraditor possa exercer um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros.” (2006, p.119/120). As partes desenvolvem, portanto, atividades simétricas entre si, destinadas a fornecer ao juiz os elementos com base nos quais emanará uma sentença (Cf. FAZZALARI, 2006, p. 120).

Assim sendo, é necessário, para identificar o processo, “que haja uma série de normas (e atos, e posições jurídicas) que se reportem aos destinatários dos efeitos do provimento, realizando entre eles um contraditório paritário.” (FAZZALARI, 2006, p. 121).

A essência do contraditório possibilita que os sujeitos processuais possam se situar na posição de interessados e contra-interessados, ou seja, contraditores. Na hipótese da posição de contraditor concorrer com a do autor do ato final, este se colocará na posição de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores. Exemplificando, pode ocorrer que uma das partes seja, por exemplo, um órgão público, munido de império. Nesse caso, encontra-se na posição tanto de autor do ato e de contraditor. O que Fazzalari salienta é que, mesmo diante dessa possibilidade, o contraditório há de ser observado em simétrica paridade e, como propugna o processualista italiano, a presença de contraditores é marca importante para distinguir o processo do procedimento, mas não a esgota. Por isso,

a estrutura procedimental fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final. (FAZZALARI, 2006, p. 124).

Como ressaltado, os sujeitos processuais se situam na posição de interessados e contra-interessados, ou seja, são contraditores. A esses sujeitos denomina Fazzalari a condição de partes. Portanto, são sujeitos do processo o juiz, e seus auxiliares: escrivão, oficial de justiça, peritos etc. Já o conceito de parte recebe de Fazzalari uma construção especial. Temos que em Fazzalari, parte é agente legitimado, dotado de autonomia e liberdade jurídica construtiva do provimento. Desta maneira, Fazzalari constrói a legitimação, como gênero, sendo vista em seu duplo aspecto: situação legitimante e situação legitimada. Interessamos, para delimitar as bases nas quais se atribui ao executado legitimidade para

atuar na construção da decisão que lhe impõe modificação no regime de cumprimento de pena, explicitar as bases sobre as quais o autor coloca a situação legitimante.

Para Fazzalari, a legitimação para participar de um determinado processo é designada por “legitimação para agir”, podendo falar ainda em legitimação para o processo (FAZZALARI, 2006, p. 369) e é determinada em função do provimento visado no processo jurisdicional. Assim, tendo em vista que o provimento incide sobre o patrimônio de algum sujeito (ou sujeitos), estabelece Fazzalari, que a exigência de sua participação é consequência lógica. Se os sujeitos estão na condição de possíveis legitimados passivos ao provimento, são, portanto, contraditores legitimados a dizer e contradizer nos mesmos tempos de fala. É pela situação legitimante que se determina quem pode estar em juízo para dizer e contradizer. Por isso, repele Fazzalari “o velho argumento de que no processo o autor tenha legitimação ativa e o réu, legitimação passiva: a legitimação para agir de todos os protagonistas do processo é ativa” (FAZZALARI, 2006, p.381).

Nesse ponto, acresça-se outra perspectiva teórica singular, na qual os processualistas italianos, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, delimitaram os estudos do processo como modelo constitucionalizado apto a relacionar a “estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais” (LEAL, 2002, p. 87).

Portanto, a partir do modelo constitucional de processo, este não é mais unicamente um procedimento em contraditório. A teoria do modelo constitucional de processo, examinada adiante, se propõe a demonstrar as exigências imprescindíveis para que os procedimentos criados pelos microssistemas sejam adequados às determinações presentes na Constituição, sendo que o contraditório deixa de ser apenas um atributo do processo e galga a condição de “princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (LEAL, 2002, p. 88). Passemos, pois, a analisar o modelo constitucional do processo.

4.3 As bases de um modelo constitucional de processo

Flaviane Barros elabora uma compreensão na qual aponta que Habermas, ao propor sua Teoria Discursiva, o faz mediante o entrelaçamento entre princípio

democrático e forma jurídica, reconhecendo a existência dos direitos fundamentais e da soberania popular (PELLEGRINI, 2006, p. 56). Ressalta a autora que a proposição de superação pelo paradigma procedimentalista de Habermas surge da preocupação com a crise do Estado de Direito. Nesse sentido, os sujeitos serão reconhecidos como sujeitos de direitos, adquirindo importantes funções como agentes formadores e conformadores da sociedade, a partir do exercício de sua autonomia privada e cidadã.

Deste modo, cumpre-nos retomar o estudo do processo, não mais em bases relacionistas ou instrumentalistas como já realizado, mas com fundamento no modelo constitucional de processo. Essa reconstrução se efetivará a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, pontuando a capacidade das partes na processualização do incidente de execução penal, de modo a se reconhecerem como co-autores do Direito, compreendendo tanto a esfera pública quanto a esfera privada, de maneira complementar, como demonstra a adequada síntese de Dierle Nunes:

Ocorre que o processo necessita de uma estruturação formal que permita o debate judiciário sobre todas as questões (pontos controvertidos) por todos os sujeitos processuais – juiz e partes – mediante o estabelecimento de uma fase preparatória (audiência preliminar, escritos preparatórios etc) e outra fase problematizante (audiência de instrução e julgamento), de modo que na primeira fase fique bem claro aos sujeitos parciais quais são os fatos e o direito que deverão ser discutidos na segunda fase e quais são as provas que deverão produzir, sem qualquer margem de surpresa (contraditório preventivo). E ao sujeito imparcial é garantida uma forma mais adequada e menos nebulosa na formação de seu convencimento, que deverá servir de base das decisões. Por outro lado, o juiz deve ser impedido, em regra, de decidir sobre quaisquer questões antes de abrir o contraditório dinâmico para as partes (garantia que assegura a simétrica paridade de armas) entre estas e sua influência efetiva na formação do provimento), impedindo decisões de surpresa. (NUNES, 2004, p. 39).

A exigência pela processualização do incidente de execução penal torna-se, desta maneira, uma possibilidade viável a ser construída e assegurada às partes durante a fase de execução penal, no particular ao destacado incidente de execução penal de regressão de regime.

Como demonstrado no segundo capítulo, o incidente da regressão de regime tem aptidão para provocar extremas mudanças no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade. No plano constitucional não é crível que medida tão extrema e de consequências tão graves possa provocar alterações no *status libertatis* do

executado sem que a decisão que a impõe tenha legitimidade. Não por outra razão escolheu-se o instituto da regressão como pano de fundo para a problematização da pesquisa.

Uma direção para se vislumbrar esta processualização necessária no curso da execução da pena pode ser alcançada mediante a conjugação dos conteúdos insertos na teoria do modelo constitucional de processo e do processo como procedimento em contraditório, a partir do esclarecimento da tutela jurisdicional prestada na execução penal, compreendida mediante uma visão procedimentalista consolidada no paradigma do Estado Democrático de Direito. Por tal fundamento Habermas reafirma a prevalência dos direitos processuais (HABERMAS, v. I, p. 274).

Contudo, a concepção de um juiz como figura unificadora e integradora do sistema merece críticas, porque num sistema de aplicação de tutela do Estado Democrático de Direito não persiste a crença na figura de um juiz salvador que fará justiça no caso concreto, tampouco se pode crer no ideal solitário de justiça de determinados homens (Cf. NUNES, 2004, p. 55/56).

Nesse sentido, a equivocada compreensão de um juiz pacificador não condiz com as características estabelecidas no modelo constitucional de processo, pois o procedimento que se destina a um provimento jurisdicional depende da cooperação das partes, o que seria tarefa impossível nos moldes teóricos oferecidos pela teoria da relação jurídica. A proposta de acertamento dessa questão no Processo Penal Brasileiro há de passar pela configuração de um modelo constitucional de processo.

Como assinalado, a teoria do modelo constitucional de processo foi desenvolvida pelos processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. Esclarecem os autores que a entrada em vigor da constituição republicana Italiana definiu a crise da abordagem clássica ofertada ao processo e à jurisdição. Tal abordagem teve como característica a análise do processo na disposição concedida pela legislação positiva e pelo esclarecimento da jurisdição como função do Estado (Cf. ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 9). Nessa perspectiva, apontam dois dados elementares: que a função jurisdicional é exercida com “provimentos conclusivos de procedimentos que geralmente são denominados de processos, e que a Constituição contém princípios e normas respeitantes ao exercício da jurisdição, e, portanto, ao desenvolvimento do processo jurisdicional.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 9).

Assim, levando-se em consideração a perspectiva rígida da Constituição Italiana de 1948 e a consequente posição de vértice ocupada pelos dispositivos constitucionais na hierarquia das fontes normativas, seria inevitável, propugnam os processualistas italianos, verificar que algum resultado procedimental previsto e normalizado pela lei expressa dois problemas de jurisdicionalidade diversos, porém relacionados, que são:

- a) estabelecer, primeiramente, se nos encontramos perante um procedimento jurisdicional (ou processo), vale dizer, se a atividade desenvolvida por intermédio dessa seqüela procedimental possa, ao menos, ser considerada de tipo jurisdicional (problema da jurisdicionalidade originária de um procedimento);
- b) em caso afirmativo, verificar se a disciplina positiva de tal processo resulta minimamente conforme aos cânones constitucionais relacionados ao exercício da jurisdição (problema da “jurisdicionalidade constitucionalmente derivada” do processo).²⁵

O problema do processo, portanto, na nova perspectiva pós-constitucional italiana, não diria respeito apenas ao caráter do seu *ser* (melhor dizendo, da sua organização concreta conforme as leis ordinárias vigentes), mas também ao seu *dever ser* (ou seja, a conformidade de seu alinhamento positivo à norma constitucional relativa ao exercício da atividade jurisdicional) (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 11).

A jurisdição, por seu turno, não seria uma simples questão de natureza definitiva que interessa, sobretudo, à Teoria Geral do Direito e do Estado, constituindo, pelo contrário, um tema de implicações práticas bastante marcadas, pois apenas perante um procedimento (positivo) instrumental ao exercício da função jurisdicional seria necessário o controle verificando se o mesmo efetivamente é como deveria ser, ou seja, conforme a Constituição (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 11). O objeto dessas lições é constituído precisamente pela “jurisdicionalidade constitucionalmente derivada” do processo, pelo seu *dever ser* nos moldes da normativa constitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 11).

Desta maneira, os processualistas defendem a existência de um modelo constitucional de processo, no qual

²⁵ “a) stabilire, anzitutto, se ci si trovi o meno in presenza di un procedimento giurisdizionale (o processo), vale a dire se l’attività svolta tramite tale sequela procedimentale possa o meno considerarsi di tipo giurisdizionale (c. d. problemi della ‘giurisdizionalità originaria’ di un procedimento; b in caso affermativo, verificare se la disciplina positiva di tale processo risulti o meno conforme ai canoni costituzionali relativi all’esercizio della giurisdizione (c.d. problema della ‘giurisdizionalità costituzionalmente derivata’ di un processo)” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 11)

As normas e princípios constitucionais respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas em sua complexidade, permitem ao intérprete desenhar um verdadeiro e adequado esquema geral de processo, suscetível de constituir o objeto de uma exposição unitária. (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 13)²⁶

Esse modelo constitucional de processo é dotado de elementos singulares, e suas características gerais podem ser assim individualizadas:

a) na expansividade que consiste na sua idoneidade (em decorrência da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) de condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais individuais introduzidos pelo legislador ordinário, cuja fisionomia deve ser compatível de qualquer forma com a caracterização daquele modelo;

b) na variabilidade que indica a sua aptidão para assumir formas diversas de sorte que a adequação ao modelo constitucional (por ação do legislador ordinário) das figuras processuais em funcionamento nos casos concretos, pode suceder conforme modalidades diversas tendo em vista a persecução de objetivos específicos;

c) na perfectibilidade, indicadora de sua aptidão para ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (*scilicet*: respeitando-se, de qualquer forma, aquele modelo e em virtude da consecução de objetivos específicos) pode perfeitamente construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por garantias e institutos (posteriores) desconhecidos pelo modelo constitucional: considere-se, por exemplo, o princípio da economia processual, o do duplo grau de jurisdição e o instituto da coisa julgada.²⁷

Essas características gerais do modelo constitucional do processo induzem, por fim, a considerar que ele, de fato, mantém os elementos constantes e indefectíveis de qualquer procedimento jurisdicional válido presente no ordenamento

²⁶ “La norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 13)

²⁷ “a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (consequente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello;

b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi;

c) nella *perfectibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionali” (ANDOLINA, VIGNERA, 1990, p. 14-15).

jurídico, mas apresenta ao mesmo tempo algumas “características móveis” e alguns “espaços vazios” destinados a serem respectivamente variados e colmatados pelo legislador infraconstitucional tendo em vista a obtenção de determinados objetivos (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.15).

Nessa perspectiva, informam os processualistas italianos, que depois de 1948, o processo na Itália tornou-se uma entidade “de modelo único e de tipologia plúrima”: expressão que em sua aparente incongruência exprime eficazmente a ideia segundo a qual se há apenas um paradigma constitucional de processo existe (ou pode existir), também, no ordenamento, uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 15).

Dessa maneira, essencial a advertência de Flaviane Barros (2006), de que uma proposta para se pensar a teoria geral do processo para além do processo jurisdicional não tem o apoio dos instrumentalistas (pelas razões explanadas no capítulo antecedente), ou mesmo daqueles que entendem uma teoria geral do processo e uma teoria geral do processo penal, com bases distintas e institutos específicos e próprios, por se sustentarem em conceitos específicos de ação ou de jurisdição (sendo esta o ponto de partida para uma teoria geral do processo para a dogmática jurídica).

Uma teoria geral do processo, que sirva ao processo civil, penal, administrativo e legislativo, há de vir construída a partir do conceito de processo (e não de jurisdição, insista-se), mediante a configuração de um esquema constitucional firmado nos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, formando, assim, base principiológica uníssona (BARROS, 2006, p. 236).

O fato de as partes terem interesses de sucesso no processo não autoriza a formação de um processo que lhes impeça de influir no resultado que este formará, uma vez que a ideia de um cidadão solitário (juiz) que possui acesso privilegiado à verdade já ruiu há algum tempo (NUNES, 2004, p. 38). E coerentemente, complementa: “Precisa-se desta forma, formar um processo que permita o diálogo genuíno judiciário e a problematização pelos sujeitos processuais de toda matéria a ser decidida.” (NUNES, 2004, p. 38). Por esse prisma, o modelo constitucional de processo há de propiciar que as partes percebam a análise de suas ponderações quando precedem a leitura dos provimentos judiciais. (NUNES, 2004, p. 38). O problema prenunciado pelo autor é que tal perspectiva

depende da implementação de uma estrutura normativa formadora do procedimento que se dê respeitando as garantias estabelecidas na Constituição Federal de modo tecnicamente adequado, mas não dentro do marco da forma exarcebada nem da forma quase inexistente, pois o primeiro sobrevaloriza a forma sobre o conteúdo e o segundo impõe a mínima estruturação técnica do processo, prescindindo, em última análise, da sua própria existência e de sua importância na formação imparcial e dialógica dos provimentos. (NUNES, 2004, p. 40)

Ocorre que o estudo dos princípios contidos no modelo constitucional de processo, dentre eles o contraditório e a ampla argumentação, tem se efetivado numa perspectiva meramente formal no domínio da execução penal, sem a observância de que nos encontramos em um Estado Democrático de Direito o qual compulsiona uma compreensão procedimental e não monológica, ou seja, apenas do juiz, na aplicação daqueles (NUNES, 2004). Nesse aspecto, a exigência de que todos os envolvidos participem ativamente da formação do provimento, afasta de vez a “idéia utópica de que o julgador (juiz) possui acervo privilegiado à verdade ou ao bem comum da sociedade.” (NUNES, 2004, p. 40/41).

Em síntese, a estrutura procedimental propiciadora do contraditório consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, na fase preparatória deste, na mútua implicação das atividades dos destinatários, na relevância dessas partes e na pertinência de seus argumentos (FAZZALARI, 2006, p. 119). Nessa conformação, a qualidade de contraditor importa que este seja colocado em simétrica paridade em relação ao outro contraditor.

Necessário consignar, o contraditório também pode se dar quando houver consenso, pois ele é essencialmente o espaço processual argumentativo para garantir a construção participada do provimento final pelos afetados pelo provimento:

Na compreensão do Estado Democrático de Direito, o consenso surge como possibilidade de formulação de questões jurídicas, que passa pela compreensão do papel dos seus participantes. Ou seja, a atuação do conciliador e do mediador é apenas para estimular a formulação de uma decisão consensuada, mas, para que esta exista, é imprescindível a participação daqueles que serão atingidos pelo acordo. (PELLEGRINI; CARVALHO e GUIMARÃES, 2005, p. 151).

Por oportuno, ao se perceber que no modelo de execução penal brasileiro não mais é possível a preservação de apenas um intérprete privilegiado, necessária se faz a implementação de um espaço instaurado pelo processo como local para

debate das questões surgidas em razão dos incidentes, para a adequada formação dos provimentos. Apropriado, nesse sentido:

O processo ganha nesta perspectiva enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos de modo preventivo ou sucessivo – antes ou depois – a todos os provimentos.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva de um paradigma de Estado Democrático de Direito que legitima-se por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo.

Em decorrência da perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas sim pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da vontade. (NUNES, 2004, p. 44)

Deste modo, a argumentação jurídica da norma apropriada ao caso concreto somente se viabiliza a partir de um procedimento jurisdicional que assegure aos afetados pela decisão a garantia de argumentação para a definição do melhor argumento (BARROS, 2006, p. 230), porque no Estado Democrático de Direito a atividade cognitiva jurisdicional depende da atividade argumentativa de todos os sujeitos processuais (BARROS, 2006, p. 231)

O contraditório, nesse contexto, e como elemento estruturador do procedimento, é compreendido a partir da relevância dos estudos fazzalarianos, assistido pela teoria do discurso de Habermas (1997), vez que a compreensão de contraditório como espaço procedimentalizado garante aos afetados a participação na construção da decisão (Cf. BARROS, 2006).

Nessa perspectiva, na prática das decisões, forçoso é afastar o arquétipo que assegura ao juiz um 'privilégio cognitivo'. De outro lado, conveniente a construção de uma perspectiva intersubjetiva e participativa do processo jurisdicional, consubstanciado em balizas procedimentais que se evidenciam nas garantias constitucionais existentes no modelo constitucional de processo, as quais permitam essa tematização e participação de todos os sujeitos processuais na formação dos provimentos." (Cf. NUNES, 2004, p. 45). Nesse sentido, conclui que

Isto não significa, evidentemente, cultivar o fenômeno entendido como 'involução formalística da cultura das garantias', no qual estas garantias constitucionais do processo são vistas e celebradas por si mesmas com indiferença ao contexto de aplicação e aos seus fins, mas sim analisar estas

garantias de modo que elas permitam uma ampla participação de todos os sujeitos processuais na construção das decisões. (NUNES, 2004, p. 45).

Essa visão deturpada do processo, citada pelo autor, perpassa uma crítica à jurisdição centrada na figura do julgador e remete, primeiramente, ao problema da interpretação dessas garantias, dentre elas, o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões. Muitas vezes, o problema da interpretação de tais garantias, cuja resolução se faz mediante escolhas empreendidas pelo julgador, é fundada numa suposta existência de componentes axiológicos e valorativos. Assim, ao motivar sua decisão, o juiz tende a embasar sua escolha numa suposta imperfeição do texto legal, o que propicia uma camuflagem de suas verdadeiras escolhas, impossibilitando o controle dos componentes da interpretação efetivada (Cf. NUNES, 2004, p. 45/46). A única forma de controlar essa formulação é por meio da obrigatoriedade da fundamentação das decisões, que impõe ao juiz a exposição, de maneira mais clara possível, do *iter* utilizado, de modo que as garantias delineadas no corpo da Constituição, integrantes do modelo constitucional de processo, representam, também, um contingente de limites à atividade ordinária dos poderes estatais (NUNES, 2004, p. 49).

Apropriado ressaltar que não se pode, contudo, circunscrever as garantias processuais constitucionais a um plano unicamente formal, nos moldes em que a doutrina clássica tem estabelecido, conforme demonstrado no capítulo destinado à crítica ao sistema de execução penal. Tal perspectiva implica em limitar o recebimento dos princípios do direito processual ordinário sem reformulação de seu sentido, conferindo a eles tão somente estabilidade e rigidez. Pelo contrário, referidas garantias permitem o efetivo gozo dos direitos reconhecidos e atribuídos pelo texto constitucional aos microssistemas, concebendo uma perspectiva procedimental de compreensão e formulação dos conceitos normativos indeterminados. A presença das garantias no plano dos procedimentos lhes atribui um avanço em uma visão dinâmica, concretizando-as de forma emancipadora e inovadora do contexto normativo. (Cf. NUNES, 2004, p. 49). Conveniente, nesse sentido, a compreensão do autor, *verbis*:

Esta concepção ilusória cria para o julgador um peso institucional enorme além de dificultar a busca de resultados constitucionalmente adequados para os participantes do processo; eis que percebem, na prática, que sua participação no *iter* procedimental é vista como meramente acidental e

dispensável, criando nelas a falsa sensação de que nada precisam fazer dentro do processo (sensação de apatia) uma vez que basta narrar os fatos para que o juiz-intérprete-sensível, canal dos valores da sociedade, proporcione a elas justiça no caso concreto. (NUNES, 2004, p. 50).

O acolhimento da concepção na qual no processo estaria permitido ao juiz a aplicação da tutela coerente com seu livre arbítrio e visões de mundo pessoais conduz-nos a uma compreensão imediata de que a esfera de discussão criada pelo processo seria absolutamente desnecessária, e a perspectiva na qual se atribui sempre maiores poderes ao juiz seria a mais acertada e suficiente para o nosso modelo constitucional de processo. A proposta se estende ao sistema de execução penal visando o esclarecimento do incidente (NUNES, 2004, p. 52), porque, no Estado Democrático de Direito há constante necessidade da intersubjetividade e da dialogicidade dos sujeitos isonômicos, de modo que a versão solipsista (critério monológico do julgador) de aplicação de tutela apresenta-se absolutamente inconsistente (NUNES, 2004, P. 51). Vislumbra-se, assim, a necessidade de construir este procedimento participativo e democrático na formação dos provimentos (NUNES, 2004, p. 53).

Uma análise do modelo constitucional de processo deve sinalizar se ele está em condições de adequar a estrutura do processo ordinário aos seus princípios (NUNES, 2004, p. 46). Desta maneira, a estrutura normativa sequencial, em contraditório, constrói os provimentos (NUNES, 2004, p. 53) a partir da apreensão congruente das garantias constitucionais processuais (modelo constitucional de processo), de forma que

cria-se assim uma estrutura normativa em que os atos, as normas e as posições subjetivas se colocam em uma seqüência ordenada, em que cada um deles pressupõe o precedente (ou os precedentes) e é pressuposto do seguinte (ou seguintes) para a preparação e formação de um provimento. (NUNES, 2004, p. 53).

A compreensão do julgador como detentor da melhor interpretação tende a expurgar por completo a cooperação crítica das partes e consente que o órgão julgador determine solitariamente, uma escolha, sem dialogar e problematizar no processo. Uma releitura “dinâmica e efetiva do contraditório e da ampla defesa, à procedimentalidade discursiva participativa pelos sujeitos processuais – juiz e partes – idealizada pelo nosso modelo constitucional de processo” (NUNES, 2004, p.

56), propicia que o provimento construído dialogicamente passe a não depender somente da sensibilidade do julgador, pois como sintetiza o autor

o Estado Democrático de Direito não permite mais aos cidadãos uma postura espectadora na formação de todos os provimentos, sejam estes as leis, os atos administrativos ou as decisões judiciais. A influência do cidadão deve ser percebida até mesmo quando seu ponto de vista não seja acatado pelo provimento. (NUNES, 2004, p. 57)

Conveniente apontar que para Pellegrini, Carvalho e Guimarães, a Teoria do modelo constitucional do processo se faz uma das mais importantes no estudo da teorização do Estado Democrático, uma vez que eleva o processo à categoria de garantia, assegurado na Constituição. Desta maneira, acentuam, todo processo é constitucional, uma vez que todos são oriundos do modelo mínimo assegurado pela constituição (PELLEGRINI; CARVALHO e GUIMARÃES, 2005, p. 2). Não por outra razão exigível ser torna a processualização do incidente de execução penal.

4.4 Uma compreensão constitucionalmente adequada da processualização do incidente de execução penal no paradigma do Estado Democrático de Direito

Podemos descrever melhor o problema nesse ponto, pois, aqui, pretende-se apontar uma interpretação constitucionalmente adequada da execução penal no paradigma do Estado Democrático de Direito. Por isso, tornou-se necessário, nos capítulos antecedentes, estabelecer uma crítica à concepção tradicional de jurisdição e de processo como local de um julgador com privilégio cognitivo, bem como apontar a falência da teoria do processo cujos pilares encontram-se na existência de uma relação jurídica entre as partes e em sua qualidade de instrumento da jurisdição.

A reconstrução do conceito de processo (processo em procedimento em contraditório) e a concepção de um modelo constitucional de processo possibilitarão estruturar, a partir da teoria do discurso de Habermas, uma compreensão constitucionalmente adequada da execução penal como processo demarcado pelos princípios constitucionais processuais, de maneira que o executado, sujeito de

direitos processuais, possa participar em contraditório das decisões ocorridas no esclarecimento do incidente de execução penal.

Nessa perspectiva, duas importantes questões devem ser colocadas nesse ponto da pesquisa. A primeira questão parte do pressuposto de que se o atual paradigma elevou o processo a condição de garantia, como explicar que o incidente de execução penal pela prática de fato definido como crime doloso e por falta grave se desenvolva em dissonância com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões? Para que tais princípios sejam exercidos no processo, torna-se necessária uma estrutura procedimental que assegure a efetivação dos princípios em sua configuração teórica estruturada nos itens anteriores. Como efetivá-la, pois, no curso da execução penal?

A segunda questão perpassa pela configuração de parte no paradigma democrático. Para tanto, na condição de afetado pela decisão tomada no esclarecimento do incidente de execução penal, o executado estaria legitimado a participar da construção do provimento que lhe impõe regressão de regime.

Retomaremos, pois, a construção efetivada nos itens antecedentes, de forma a apontar uma viabilidade para o modelo de execução penal brasileiro, mediante uma compreensão constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O contributo para o esclarecimento desta questão se inicia com Habermas (1997) que reestrutura a noção de participação e de legitimidade do direito. A condição apontada por Habermas (1997) para a realização da discursividade que legitima a decisão no Estado Democrático de Direito encontra-se na participação argumentativa dos afetados e na relação complementar entre autonomia pública e privada. Por isso a legitimidade para Habermas direciona às exigências pós-convencionais de fundamentação.

No Estado Democrático de Direito destaca-se a sociedade civil que, por um direito participativo, exerce função controladora e conformadora, fiscalizando o Estado na busca pela implantação do complexo de direitos e garantias.

Por outro lado, na compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito repousa uma redefinição das relações entre o público e o privado, não se podendo falar em prevalência de um ou de outro, mas numa co-dependência. O modelo democrático estrutura-se, pois, na compreensão de direito fundamental e é definido pela reconstrução das esferas pública e privada a partir da noção de

atuação argumentativa. A partir disso, a legitimação do Direito, no paradigma Democrático, há de ser compreendida a partir da existência de uma ordem normativa criada por um processo formalmente apropriado (Cf. HABERMAS, v. I, 1997).

Esse processo formalmente apropriado, exercício discursivo de autonomia política, permite a participação do cidadão no procedimento de tomada de decisão próprio da soberania popular. Ou seja, ao mesmo tempo em que se é destinatário de normas de direitos é também autor (HABERMAS, 1997. v. I, p. 157). O princípio do discurso, por esta via, advém da autonomia entendida de maneira mais geral e neutra, o qual deve assumir a figura de um princípio da democracia, conferindo força legitimadora ao processo de normatização (HABERMAS, 1997, v. I, p. 158).

Para Habermas,

os argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas. Uma teoria da argumentação que esclarece o papel e a construção dos argumentos considera o jogo de argumentação sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para uma fundamentação dos passos da argumentação, que ultrapassam uma justificação interna de juízos do direito (HABERMAS, 1997, v. I, p. 280/281).

Por isso, afasta Habermas a compreensão de Dworkin, na qual uma justificação externa das premissas de decisão vincula-se aos esforços solipsistas de cada juiz em particular (1997, v. I, p. 281). Tal compreensão alija a participação em contraditório dos afetados pela decisão, compreensão que se revela inadequada à concepção de processo no paradigma constitucional vigente, mormente porque o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica, e por isso aparece como núcleo de um sistema de direitos (HABERMAS, 1997, v. I, p. 158).

Portanto, das categorias de direitos destacadas por Habermas, abaixo consignadas, as três primeiras determinam o *status* das pessoas de direito e garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconheçam mutuamente em seu papel de destinatários da lei. A quarta categoria demonstra como os sujeitos de direito assumem também o papel de autores de sua ordem jurídica:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião de vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia pública* e através dos quais eles criam direito legítimo. (HABERMAS, 1997, v. I, p. 159)

Na presente perspectiva, os sujeitos de direito somente terão autonomia quando se entenderem e agirem como autores do direito aos quais desejam submeter-se como destinatários:

Enquanto sujeitos de direito eles não podem mais dispor da linguagem: O código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos de direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A idéia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. (HABERMAS, 1997, v. I, p. 163/164).

Partindo dessa compreensão, somente serão consideradas normas válidas aquelas que encontram o assentimento, por meio de discursos racionais, de todos aqueles potencialmente atingidos por elas. Portanto, iguais direitos fundamentais culminam numa formação discursiva da opinião e da vontade viabilizadora do exercício da autonomia política.

Daí, a explicação da interligação entre soberania do povo e direitos humanos, compreendidos a partir da co-originariedade da autonomia política e da privada, numa identificada pressuposição recíproca. Com iguais direitos de participação, o princípio do discurso se transmuta em princípio da democracia. (HABERMAS, 1997, v. I, p. 164). Por isso, resume Habermas:

A compreensão discursiva do sistema de direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga de legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor. (HABERMAS, 1997, v. I, p. 168).

A pretensão de legitimidade dos sistemas de direito ocorre mediante a igualdade concreta dos cidadãos. Por tal razão, ao desenvolver uma concepção procedimentalista como alternativa explicativa ao paradigma democrático, Habermas (2002, p. 277) ressalta que a diferença reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático. Com a teoria do discurso, procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como escoadouros da racionalização discursiva da tomada de decisões (HABERMAS, 2002, p. 290). Por isso, para Habermas, não há um Estado de direito sem democracia (2002, p. 294). Nesse sentido, ao abordar a relação entre Estado de direito e democracia, enumera Habermas, sob quais formas se forjou essa relação:

- (1) do próprio conceito moderno de direito;
- (2) bem como da circunstância de que hoje o direito positivo não pode mais obter sua legitimidade recorrendo a um direito superior;
- (3) o direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente;
- (4) essa concatenação conceitual também passa a ter validade na dialética entre as igualdades jurídica e factual, suscitada pelo paradigma jurídico socioestatal em face da compreensão liberal do direito e que hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito. (HABERMAS, 2002, p. 294).

Por conseguinte, ressalta André Cordeiro Leal (2002)

no Estado Democrático de Direito, o Direito se legitima nos níveis de sua produção e aplicação pela existência de condições do desenvolvimento de um discurso racional (racionalidade discursiva), só possível mediante a anulação de coações, jamais se poderia negar efetiva aplicação aos princípios processuais inscritos na Constituição, como muitas vezes fazem os autores da doutrina processual brasileira. É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma situação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas construídos. (LEAL, 2002b, p. 77).

Diante da exposição da teoria do discurso e do marco teórico do processo como procedimento em contraditório, como viabilizar uma processualização do incidente de execução penal, de modo a garantir que o executado, sujeito de direitos fundamentais, e portanto, na condição de afetado, participe da construção da decisão modificativa do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade?

A formulação é apresentada por Flaviane Barros, quando indica a possibilidade de uma teoria geral do processo com base principiológica, mediante a qual possam ser delineados princípios uníssonos de aplicação do processo com bases nos pilares do Estado Democrático de Direito:

a partir da perspectiva fazzalariana é possível pensar o processo para além da Jurisdição, numa perspectiva que agrega não apenas processos como o legislativo e administrativo, mas também o processo arbitral e o de mediação, entre outros. (BARROS, 2006, p. 227).

Na formulação proposta pela processualista, evidencia-se a exigência de formação de uma base procedimental que garanta igual participação dos afetados nos espaços democráticos de tomada de decisão (sejam administrativos, legislativos e jurisdicionais), o que se viabiliza mediante a proposta fazzalariana. Isso implica uma atividade que permita que todos tenham seus argumentos levados em consideração e seus direitos fundamentais respeitados. (BARROS, 2006, p. 231).

Na formação da estrutura (ou base) procedimental, o contraditório, “entendido como espaço procedimentalizado para participação dos afetados na construção do provimento” (conceito fazzalariano conjugado com a teoria do discurso de Habermas), e a ampla defesa, e, “consequentemente, direito a prova, ou seja, ampla argumentação” (BARROS, 2006, p. 234), são elementos essenciais. Sem a inserção dos princípios em destaque, não se poderá falar em processo. Pela mesma razão, a fundamentação das decisões. Nessa perspectiva, oportuno o esclarecimento de André Cordeiro Leal:

O pensamento habermasiano que se explicita em *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade* contorna algumas das aporias decorrentes da sobrecarga idealizante na atividade decisória dos juízes. Ao contrário de outras teorias, Habermas fornece, em face do paradigma do Estado Democrático de Direito, apoio teórico imprescindível ao adentramento e problematização de importantes aspectos do Direito Processual constitucionalizado. Isso porque a teoria procedimentalista da democracia proposta pelo autor passa por uma releitura de importantes aspectos da legitimidade do Direito não tangidas pelas demais abordagens. (LEAL, 2002b, p. 76).

Em termos gerais, a partir da formulação de Flaviane Barros, podemos também definir uma base principiológica uníssona para os diversos ramos do processo, notadamente para o objeto de estudo, a execução penal, porque nessa base principiológica incluem-se o contraditório, a ampla argumentação, bem como o direito à fundamentação das decisões (BARROS, 2006, p. 235).

Pois bem. Se o direito ao processo jurisdicional é uma garantia inafastável, inviabiliza-se, pois, formular a processualização do incidente de execução penal com bases nas teorias processuais relacionistas. Primeiramente, porque no paradigma democrático, nos termos da teoria do discurso, afastam-se, por inadequado, decisões não preparadas procedimentalmente e, nessa perspectiva, também a possibilidade de uma decisão construída pela atividade solipsista, destituída do contraditório. Portanto, Jurisdição, significando atividade do magistrado, não encontra amparo no atual paradigma porque, no exercício obrigatório desta função estatal, a jurisdição há de ser exercida nos limites do processo. Se o paradigma democrático impõe que somente serão consideradas normas válidas aquelas que encontram o assentimento, por meio de discursos racionais, de todos aqueles potencialmente atingidos por elas, impossível, então, a prevalência de um dos atores com privilégio cognitivo.

Por isso, ressalta Flaviane Barros que a noção de “um juiz de capacidades sobre-humanas e conhecedor de todo o ordenamento jurídico e de todos os argumentos possíveis para a solução do caso concreto” é “incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, que exige a participação dos afetados nos discursos argumentativos de aplicação da norma jurídica para a solução do caso concreto.” (PELLEGRINI, 2003, p. 231). A atividade cognitiva jurisdicional na execução penal também depende da atuação de todos os sujeitos processuais, principalmente das partes, ou seja, aquelas que sofrem os efeitos de um dado provimento jurisdicional.

Fica claro, de acordo com Flaviane Barros, que

A partir daí podemos demonstrar como é possível deixar de lado o conceito de jurisdição, como ponto de partida para uma teoria geral do processo, a qual, neste caso, se sustentar-se-á a partir do conceito de processo. Como institutos base dessa teoria geral teríamos os princípios constitucionais do processo, visto este a partir de um esquema unitário, como definido por Andolina e Vignera (1997), ou como se pretende, visto a partir de uma base principiológica uníssona. Essa base principiológica seria sustentada pelo contraditório, pela ampla argumentação, pela garantia da fundamentação das decisões, pela imparcialidade e pelo direito a processo jurisdicional. (BARROS, 2006, p. 236)

Pela mesma razão, também não se sustenta uma viabilidade de processualização apoiada na teoria do processo como relação jurídica, cujas bases são, como já ressaltado, a existência de uma relação jurídica, a concepção de direito

subjetivo proposto pelos relacionistas e a equivocada noção de processo como instrumento da jurisdição.

Esse enlace normativo entre duas pessoas, no qual um pode exigir do outro o cumprimento de um dever jurídico, revela-se impróprio à factidade democrática. Nessa, a atividade discursiva assegura a participação do executado no procedimento de tomada de decisão próprio da soberania popular em simétrica paridade. O princípio do discurso, que advém da autonomia entendida de maneira mais geral e neutra, não coexiste pacificamente com tal concepção.

Os modelos de ofensa aos direitos do executado,, apresentados ao longo desta pesquisa, revelam que a condição de sujeito de direitos do executado, a partir da demarcação de seus direitos e de suas garantias fundamentais construída pela conjugação de sua autonomia pública e privada, encontra-se à margem no paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a execução penal se revela um “espaço marginal”, um local de “confirmação do arbítrio”, uma “instituição total”, como já ressaltado no curso da pesquisa. Enfim, como lembra Michel Foucault (1997), a parte velada do processo penal.

Se somente o Estado pode tornar efetiva a sanção penal, a decisão que impõe regressão de regime em razão da atribuição ao executado, da prática definida como crime doloso e da prática de falta grave, somente será considerada legítima se em sua formatação forem observados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões. Nesse sentido,

ganha contornos importantes a compreensão de Fazzalari (1993) sobre processo e procedimento. No presente contexto, o contraditório, como elemento definidor do processo, pode ser entendido a partir da compreensão fazzalariana, auxiliada pela teoria do discurso, já que se entende o contraditório como o espaço procedimentalizado que garante aos afetados a participação na construção do provimento. (BARROS, 2006, p. 236).

Portanto, uma proposta constitucionalmente adequada para se viabilizar a processualização do incidente de execução penal encontra sustentação no paradigma do processo no Estado Democrático de Direito o que se faz por meio de uma teoria geral do processo com base principiológica (BARROS, 2006), mediante a qual possa ser construída na execução penal uma estrutura procedimental consubstanciada pelos princípios uníssonos de aplicação do processo, contraditório,

ampla argumentação e fundamentação das decisões. Nesse sentido, a apropriação dos conteúdos teóricos presentes na teoria do modelo constitucional de processo,

o qual possibilita a compreensão de um esquema geral de processo, formando uma exposição unitária do processo, o qual pode ser expandido para outros microssistemas, variando de acordo com diferentes escopos, desde que respeite em sua fisionomia o modelo geral estabelecido pelo legislador constituinte, que pode ser aperfeiçoado para a consecução de um objetivo específico ou, mesmo, a partir do estabelecimento de institutos ignorados no modelo constitucional mas que seguem em regra o referido esquema. (PELLEGRINI, 2003, p. 233).

Finalizando o argumento com base em um caso concreto, tomemos o exemplo do apenado que cumpriu 15 anos de pena privativa de liberdade em regime fechado e fora apanhado com U\$382,00 dentro do presídio. Ato contínuo, o diretor do estabelecimento determinou seu isolamento celular. Verificamos que a punição pelo cometimento da falta grave foi o isolamento celular (Regime Disciplinar Diferenciado) pelo período de 10 dias.

Primeiramente, temos a punição pelo cometimento de uma falta grave que sequer encontra-se delimitada pela Lei de Execução Penal, gerando, inclusive, maior gravidade no cumprimento da pena, visto que no Regime Disciplinar Diferenciado o preso permanece incomunicável. Ou seja, na execução penal ocorre clara ofensa ao princípio da legalidade. A indeterminação semântica utilizada na descrição das faltas graves é preocupante.

Ademais, a aplicação da pena deu-se antes de terminado o “processo administrativo” instaurado para a apuração da falta, numa clara ofensa ao disposto na Constituição da República que determina que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O mais grave, entretanto, vem da constatação de que ao executado, mesmo tendo sido instaurado processo administrativo, não foi assegurado a ampla argumentação e o contraditório. A “absolvição” pela falta grave veio após o encerramento do isolamento celular. Houvesse uma estrutura argumentativa proporcionando ao executado intervir de maneira participativa em toda a construção do provimento jurisdicional, provavelmente não se revelaria o arbítrio ocorrido.

Como demonstrado, a Lei de Execução Penal não proporciona uma estrutura normativa em que os atos, as normas e as posições subjetivas se coloquem em uma

sequência ordenada, no qual cada um deles pressupõe o precedente e é pressuposto do seguinte para a preparação e formação de um provimento. Nesse sentido, a apropriação dos conteúdos teóricos presentes na teoria do modelo constitucional de processo e do processo como procedimento em contraditório, consubstanciada nos fundamentos da teoria do discurso, revela-se apropriada.

Pela intercessão dessas duas propostas, o microsistema da execução penal pode ser aperfeiçoado. Pode-se compreender a construção de uma estrutura normativa por meio de uma interpretação constitucionalmente adequada do Código de Processo Penal, garantindo a processualização do incidente de execução porque, no paradigma democrático, o executado é sujeito de direitos e, em razão de seus direitos garantidos constitucionalmente, vez que a estrutura unitária do processo encontra-se condicionada na Constituição, deve ser compreendido como afetado pelo provimento jurisdicional.

5 CONCLUSÃO

Como visto, a execução da pena revela-se um dos maiores impasses da contemporaneidade e a administração da pena reflete uma tentativa histórica de racionalização do próprio direito. Nessa luta pela racionalização da pena, o executado, antes objeto da execução, passou a ser considerado sujeito de direitos, inclusive processuais. Essa condição de sujeito de direitos perpassa pela questão de ser fase meramente administrativa ou jurisdicional. A última tese é admitida por grande parte da doutrina, contudo, a acepção de jurisdicionalidade encontra-se consubstanciada na noção de jurisdição como poder-dever e como centro da teoria processual, construções que se apresentaram inadequadas ao paradigma democrático.

No curso da execução da pena, que é dinâmica, ocorrendo algum incidente no qual haja a possibilidade de regressão de regime, impõe-se a atuação jurisdicional. A execução penal seria, portanto, para a dogmática jurídica, processo jurisdicional, somente por exigir a intervenção judicial quando algum incidente fosse instaurado. Nessa contingência, seria necessário a processualização de tais incidentes? E, ao preso, como sujeitos de direito estariam assegurados o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões? Como vimos, a maior parte da doutrina pugna pela admissão dos princípios, todavia, num plano meramente formal, no qual, na oitiva do sentenciado, estaria configurado o exercício do contraditório, vez que pela escola relacionista o contraditório é resumido ao simplório fundamento da bilateralidade de audiência.

Demonstramos que a noção de jurisdição e de processo para a doutrina que estuda a execução penal encontra-se firmada, sem exceção, em bases relacionistas (e instrumentalistas) de processo, no qual este seria um instrumento a serviço da jurisdição. Para tal escola, a jurisdição, e não o processo, ocuparia o centro da teoria processual. Apontou-se, desta maneira, diversas situações fáticas e teóricas que retratam o desrespeito aos princípios constitucionais do processo.

Além das ofensas aos direitos, na execução penal há uma evidente violação ao princípio da inércia da jurisdição. O juiz que instaura o incidente também o julga. A execução penal mantém, portanto, nítidas semelhanças com o sistema

inquisitorial: o acusado se apresenta como um mero objeto de investigação e é o juiz que o inicia, cuja incumbência é de acusar e julgar. Nesse diapasão, verificou-se que a execução penal é palco de uma constante e silenciosa violação de direitos processuais.

A partir dessa constatação, apontamos uma obrigatoriedade de processualização desses incidentes, como forma de assegurar ao executado o exercício de seus direitos processuais, o que estruturamos a partir de duas questões centrais da contemporaneidade: que o processo há de ser entendido como garantia e que toda e qualquer tomada de decisão, para ser considerada legítima, há de ser feita em contraditório. Portanto, uma decisão tomada na execução penal, que se revela prejudicial ao sentenciado, afetado pela decisão, há de ser construída por meio do contraditório.

A compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito revelou-se essencial para situar a execução penal porque a noção de paradigma como conjunto de teorias, tradições, crenças e panos de fundo compartilhados vai influenciar a ciência do Direito. Por isso a construção teórica de Habermas, discutida no corpo do trabalho. Assim, pode-se afirmar que a doutrina processual brasileira ainda não conseguiu perceber a modificação operada a partir da Constituição de 1988.

No paradigma democrático, elaboração permanentemente estimulada, a ordem jurídica somente será considerada legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, por que são ambas, enfim, co-originárias. No atual paradigma, a sociedade civil fiscaliza Estado, visando a efetivação de direitos e garantias. As esferas pública e privada complementam-se, sendo co-originárias. Nesse sentido, a noção de participação torna-se pressuposto de legitimidade de qualquer decisão e a ideia de autolegislação envolve aqueles que se encontram submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam se ver também como autores do direito.

A compreensão de processo no paradigma do Estado Democrático de Direito não pode se dar a partir da teoria da relação jurídica, cujas bases são a noção de direito subjetivo e o vínculo de subordinação entre as partes e entre elas e o juiz.

Desta maneira, a teoria do processo como procedimento em contraditório, idealizada por Fazzalari concebe o processo a partir da garantia do contraditório, e a identificação do procedimento baseia-se no provimento finalizador. No procedimento, as partes desenvolvem atividades simétricas entre si, destinadas a

fornecer ao juiz os elementos com base nos quais emanará uma sentença e o contraditório é, nesse elemento estruturador do procedimento, assegurador da existência do processo.

A teoria do modelo constitucional de processo insere o processo no corpo da Constituição. Com isso, o processo é elevado à condição de garantia fundamental.

Nessa perspectiva, a teoria do discurso reestrutura a noção de participação e de legitimidade do direito, de tal forma que a realização da discursividade que legitima a decisão no Estado Democrático de Direito encontra-se na participação argumentativa dos afetados e na relação complementar entre autonomia pública e privada.

A exigência pela processualização do incidente de execução penal torna-se, desta forma, uma possibilidade viável a ser construída e assegurada às partes durante a fase de execução penal. Essa processualização pode ser alcançada mediante a conjugação dos conteúdos inseridos na teoria do modelo constitucional de processo e do processo como procedimento em contraditório.

Uma formulação constitucionalmente adequada exige a formação de uma base procedimental na que se efetive a igual participação dos afetados (processo como procedimento em contraditório) nos diversos espaços democráticos de tomada de decisão, notadamente na execução penal.

No paradigma constitucional não se admite a prevalência de decisões não preparadas procedimentalmente, portanto, uma proposta constitucionalmente adequada para se viabilizar a processualização do incidente de execução penal há de passar pela compreensão de uma teoria geral do processo cujas bases sejam principiológicas, mediante a qual possa ser construída na execução penal uma estrutura procedimental consubstanciada pelos princípios uníssomos de aplicação do processo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação das decisões.

Referidas construções são suficientes para afastar, definitivamente, a noção de execução penal como "instituição total", porque a expansividade do "devido processo legal", em consonância com o paradigma constitucional vigente para a execução penal, imporá, notadamente, uma releitura dos princípios do contraditório, da ampla argumentação e da fundamentação das decisões.

REFERÊNCIAS

ALVIM, ARRUDA. **Manual de direito processual civil**. v. 1 – Parte geral. 9.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: Corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, 1990. 231p.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V.48, 2004, p.179/193.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo em bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. *In* **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Org. Marcelo Campus Galuppo. Belo Horizonte: Puc Minas, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal brasileiro**, 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.10.792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 5.765-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Flaquer Scartezini. Julgado em 26 nov. 1996. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 7 abr. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 779-SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal. Julgado em 8 set. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 28 set. 1998.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v.2, São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, p. 473-486, maio, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Ano XXIX, n.º 68, p.77 a 91, jan/jun 1999b.

CARVALHO NETO, Menelick de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. *In* MAUÉS, Antônio G. Moreira. (org) **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 221.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (Reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Febris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal – o contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminas** v.9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.115/132.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.03/55.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In*: **Separata ITEC**, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, *In* <http://www.direitofranca.br/download/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005.doc>

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte, Del Rey: 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed., v.1, São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15.ed., v.1, São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutinõ. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** v.49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.251/289.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo, 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6, p. 58-102, 2000.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral : justificação e aplicação. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Volume I e II. Tradução de Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades**. Disponível em <http://hrw.org/portuguese/reports/presos/>. Acesso em 01.10.2008.

HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em <http://hrw.org/portuguese/press/1999/recommend.html#carcerarias>). Acesso em 01.10.2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6.ed. São Paulo: Thomson/IOB 2005.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. v. 1, 2003, Tocantins: Intelectos, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookeseller, 1997.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução penal: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais do modelo constitucional de Processo Civil: Da Concepção Procedimental Comparticipada de Aplicação da Tutela – Da leitura das Cláusulas Gerais do Novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas**. V.3, n.º 1, p. 37-61, jan/jun. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Élio Fazzalari. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, Ano 2, n.1, ago. 2003b. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **A participação da vítima no processo penal e sua sobrevitimização**: em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. 2003a. 284f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do estado democrático de direito e as teorias do processo. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, [Ano 3, número 1, julho de 2004](#). Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernichiaro. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do estado democrático de direito. In: CONGRESSO DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 13, 2005. Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. Madrid: TECNOS, 1995.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 636, p. 291, 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais 651/334, 1990

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medidas de segurança**. Porto Alegre: Sergio Antônio fabris, 1998.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução 855.927-2, Relator Juiz S. C. Garcia, 3 marc 1994. Revista Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal, n.º 36, p. 18 (disponível em: <http://www.tacrim.sp.gov.br/>)

SÃO PAULO. RJDTACRIM. Agravo em Execução nº 922.327/7, Julgado em 21/02/1995, 13ª Câmara, Relator: - Roberto Mortari, 26/33. Disponível em <http://www.tacrim.sp.gov.br/jurisprudencia/rjdtacrim/html/volume26.html>

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução 1.024.441/5, Relator Juiz Geraldo Lucena, 11 mar. 2003, Revista Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal, n.º 36, p. 18 (disponível em: <http://www.tacrim.sp.gov.br/>)

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Hermenêutica na execução penal *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Ano 9. v. 10, n.º 38, 2002

SPENCER, J. R. O sistema inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução Fauzi Choukr Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 245-337.

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da vara das execuções criminais da capital do estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v.44, p.267/277, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZARCA, Yves Charles. L'invention du sujet de droit. **Archives de Philosophie**, Paris, 1997, vol. 60, n. 4, pp. 531-550.