

EXECUÇÃO PENAL: CONTROLE DA LEGALIDADE

RESUMO

Crítica a assertiva de que os direitos humanos só servem para proteger criminosos, com a alegação de que isso só vem acarretar ainda mais fragilização de conquistas democráticas que a humanidade levou anos para conquistar.

Afirma que o Judiciário não necessita, para resguardar a legalidade na execução penal, ser provocado, tendo o poder-dever de atuar mesmo de ofício, podendo-se valer, no plano administrativo, de ordens de serviço, provimentos e portarias, nos limites de sua competência.

Conclui que, para o controle da legalidade na execução penal, é indispensável dispor de eficiente sistema de informações e de dados estatísticos confiáveis; é necessário contar com agentes penitenciários e operadores do Direito (defensores públicos, promotores e juizes) devidamente preparados para as funções de seus cargos; e deve haver em cada Estado uma política administrativa de execução penal e, se possível, também uma política de caráter jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos; ONU; execução penal – legalidade; Lei de Execução Penal.

Direitos humanos só servem para proteger bandidos.

Essa assertiva, de tão repetida, acaba por ser aceita como verdadeira, quando, na realidade, é fruto de profunda ignorância e acarreta, em nosso meio, a fragilização de conquistas democráticas que a humanidade levou séculos para firmar.

Sempre que ouço ou leio esta frase, lembro-me do filme “O Carteiro e o Poeta”, naquela cena marcante em que o carteiro diz a Neruda ter usado, como se fosse sua, uma poesia do outro para seduzir a mulher amada. Neruda, em tom de censura, afirma que ele não devia ter procedido daquela forma, porque a obra pertencia ao autor. E o carteiro, na sua simplicidade, deixando o poeta sem palavra, rebate: *A poesia não é de quem a faz, é de quem precisa dela.*

Assim, também, os direitos humanos existem para quem deles precisa. Como não são excludentes, alcançam também as pessoas que um dia os violaram. E os encarcerados deste País são vítimas de incessantes afrontas aos direitos humanos. As condições de nossas cadeias e penitenciárias, já de todos conhecidas, transformam as penas privativas de liberdade em medidas de extrema crueldade. É a crueldade oficial que faz de nosso País, sem exagero, um dos maiores violadores dos direitos humanos. Esse fato é de conhecimento geral e foi reconhecido oficialmente pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas (ONU), quando se encontrava na presidência o Sr. Itamar Franco.

Vivemos no mês de abril de 2001. E a situação vem-se agravando. O relatório da ONU sobre tortura oficial

no Brasil, há poucos dias divulgado em Genebra, na Suíça, segundo publicação do Jornal do Brasil, *batiza com uma expressão eloqüente e vexatória aquilo que é prática corriqueira em delegacias, presídios e internatos: a cultura da brutalidade.* Diz mais, o relatório sobre o Brasil: (...) *certo grau de violência contra acusados de praticar um crime parece ser aceito socialmente ou mesmo encorajado (...), (...) o conceito de direitos humanos é tido como forma de proteção a criminosos (...), (...) a necessidade de aliviar a sensação generalizada de insegurança pública alimenta o desejo da população por medidas mais fortes e mais repressivas contra suspeitos de terem cometido crimes (...), (...) nas cadeias e Febens, os policiais torturam os pretos, os mestiços, os pobres marginalizados (...), a violência é explorada politicamente; (...) os algozes dos detentos são aqueles que deveriam zelar por sua integridade física, ou seja, policiais e agentes penitenciários ou socioeducativos.*

Falo, assim, em direitos humanos porque, evidentemente, a eles está afeto o tema do controle da legalidade na execução penal.

Os presídios surgiram como forma de humanização das penas. Desde então lidamos com o desafio da humanização possível do sistema penitenciário, vontade de alguns, é verdade, porque muitos consideram que a situação é a ideal.

Parafraseando o que Amilton Bueno de Carvalho, com refinada crítica, costuma afirmar sobre o Judiciário, é possível dizer que os presídios funcionam, porque são feitos para não funcionar e não funcionam. Não há local

mais propício à violação dos direitos humanos do que aquele em que se encontra a pessoa submissa.

As regras mínimas da ONU sobre tratamento de presos soam como piada para nós. Basta referir que a ONU recomenda seja resguardado o direito de voto das pessoas encarceradas. No Brasil, a condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não resulte em privação da liberdade, é suficiente para a suspensão dos direitos políticos (art.15, III, da CF). Talvez os presídios fossem diferentes se os presos votassem.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais nosso País é signatário, são solenemente ignorados. Destaco o art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada sem reservas pelo Brasil em 25/09/92 e cujo cumprimento foi determinado pelo Decreto n. 678, de 06/11/92.

Descumprimos, reiteradamente, a Lei de Execuções Criminais, que é de 11/07/84, em inúmeros dispositivos, com destaque, é óbvio, para os que dispõem sobre os direitos do preso (arts. 40 e 41).

Agora, sem que nunca se tenha tentado cumprir a Lei de Execução Penal, querem alterá-la, assim como o Código Penal, ao que parece, para adaptá-los ao sistema carcerário, tornando mais rigorosa a execução. Em outras palavras: ao invés de legalizar o sistema, cumprindo a lei, pretendem fazê-lo modificando-a. Evidentemente, a LEP e o Código Penal podem e devem ser aperfeiçoados. Supressão de direitos, no entanto, implica retrocesso.

* Texto com revisão do autor.

Não pretendo me ater ao paradoxo que encerra a finalidade da LEP de propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º). É muito difícil pensar em pretender “integrar harmonicamente” o condenado à sociedade, mantendo-o preso, ainda mais nas condições oferecidas.

Vale citar, no entanto, o grito de alerta do Desembargador José Antonio Paganella Boschi, do Rio Grande do Sul, sobre a concepção que propõe o uso abusivo do Direito Penal como instrumento de combate ao crime:

Acuado pelo vertiginoso crescimento dos índices de violência e de criminalidade, o Poder Executivo, não faz muito, encaminhou ao Congresso proposta de alteração substancial do Código Penal. Aumentam os prazos para progressão e livramento condicional e extingue-se o regime aberto e o sursis, dentre outras novidades.

Assim agindo, o Governo Federal reforça sua concepção de que a violência e a criminalidade, que infernizam nossas vidas, não são problemas de políticas públicas e, sim, problemas de repressão exemplar, embora a discus-

O Brasil é “campeão do mundo” em injustiças sociais, tem a pior distribuição de renda do planeta. Pequena parcela da população vive na opulência, enquanto a imensa maioria sobrevive sem acesso sequer à saúde, à educação, à alimentação e ao emprego. É óbvio que a situação tende a se agravar, enquanto, inutilmente, atacam-se as conseqüências do problema, não suas causas.

são sobre a eficácia da penitenciária, na reintegração social dos criminosos, não conste, ainda, da pauta oficial de debates públicos).

De fato, se os rigores positivados da pena e da execução fossem instrumentos eficazes no combate à violência e à criminalidade, a Lei dos Crimes Hediondos teria resolvido alguns de nossos terríveis problemas. Desde que entrou em vigor a Lei n. 8.072, de 25/07/90, a situação só se agravou, até se tornar caótica, com a notória falência do sistema de segurança pública.

Equivocadamente, atribui-se à pobreza os altos índices de violência e criminalidade. O italiano Alessandro Baratta, uma das maiores autoridades do mundo no tema, afirma, categoricamente, que a violência e a criminalidade são, na realidade, filhas das injustiças sociais. Na Suécia, por exemplo, onde todos são “ricos”, os índices são baixíssimos. Assim, também, na Somália, onde todos são pobres.

Por outro lado, em países onde a distância entre ricos e pobres é quilométrica e, cada vez mais, se acentua, os índices de violência e criminalidade são elevadíssimos, chegando ao descontrole.

O Brasil é “campeão do mundo” em injustiças sociais, tem a pior distribuição de renda do planeta. Pequena parcela da população vive na opulência, enquanto a imensa maioria sobrevive sem acesso sequer à saúde, à educação, à alimentação e ao emprego. É óbvio que a situação tende a se agravar, enquanto, inutilmente, atacam-se as conseqüências do problema, não suas causas.

E a sociedade incluída tenta criar seu próprio mundo e manter seu *status*, livre da violência externa. Proliferam, assim, os condomínios fechados, sonho da classe média, verdadeiros castelos medievais que servem para protegê-la dos “bárbaros”, e criam-se legiões de alienados. O contato com o mundo real se dá por meio da tela da televisão e do vidro do carro, sem remorso, com indisfarçável desprezo.

Por fim, pasmem, a própria Constituição Federal, art. 5º, é solenemente ignorada: *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (inc. III.); *a lei regulará a individualização da pena...* (inc. XLVI); *não haverá penas: (...) cruéis* (inc. XLVII, letra e); *a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o*

sexo do apenado (inc. XLVIII); *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral* (inc. XLIX).

Poderia referir outros dispositivos, mas lembrando da realidade de nossos cárceres, lanço mão do latim medieval: *et cetera*.

A esse instrumental positivado, alia-se o art. 66, da LEP, que dispõe:

Compete ao juiz da execução:
(...)

VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades;

VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência desta Lei.

Esse artigo da LEP, como se vê, dá ao juiz de execução poder imenso, mas não desmesurado, para fazer concretizar a legalidade ou, pelo menos, para tentar amenizar a situação que vigora nos estabelecimentos penais. Vale lembrar que o Judiciário não necessita, para resguardar a legalidade na execução penal, ser provocado, tendo o poder-dever de atuar mesmo de ofício, podendo valer-se, no plano administrativo, de ordens de serviço, providimentos e portarias, nos limites de sua competência. É verdade que há uma zona nebulosa entre os limites de competência do Judiciário e do Executivo na execução das penas privativas de liberdade. Uma regra simples, no entanto, é capaz de delimitar a competência: todas as questões que envolvem a segurança dos estabelecimentos penais dizem respeito à administração, o que exclui a possibilidade de o juiz interferir, salvo se violada a lei, de modo a atingir a pessoa do preso; por outro lado, tudo que envolve, diretamente, a pessoa do preso, interessa ao juiz da execução, que terá, então, repito, o poder-dever de intervir, provocado ou não.

Mas qual tem sido a postura do Judiciário diante das flagrantes ilegalidades dos cárceres?

Infelizmente, cumpre reconhecer que, ignorando ou subvertendo seu papel de garantidor de conquistas legais e democráticas, o Judiciário tem sido, talvez com honrosas exceções marcadas por iniciativas individuais,

historicamente conivente, quando não se transforma até no próprio agente violador dos direitos humanos. Assim, também, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário e os Departamentos Penitenciários, órgãos da execução penal (art. 61 da LEP), com poder de fiscalização e de representação, controladores, portanto, da legalidade (arts. 62-64 e 67-72 da LEP).

São raríssimas as iniciativas tendentes a legalizar o sistema penitenciário, como representações para interdições e ações civis públicas, por exemplo, o que só faz denotar a omissão como regra. Será que algum policial ou agente penitenciário já foi condenado pela prática da tortura? A Lei n. 9.455 é de 1997.

É preciso ter presente que as pessoas presas não foram condenadas a passar fome, a passar frio, a viver amontoadas, a virar pasto sexual, a contrair AIDS e tuberculose nos estabelecimentos penais. Toda essa realidade que vigora no mundo dos excluídos significa inconcebível exacerbação da pena.

Mas deve haver motivos sérios para que os órgãos da execução penal deixem de cumprir deveres impostos, quer por lei, quer por sentimento mínimo de solidariedade, a ponto de se transformarem, conscientemente ou não, em agentes violadores dos Direitos Humanos. Quais seriam?

Primeiro, parece-me que transferem responsabilidades. Fala o juiz do processo de conhecimento: *Esse fato não é tão relevante, mas é típico, anti-jurídico. O réu cometeu o crime (pelo menos confessou na polícia) e é reincidente. Disse que foi torturado, mas não há prova. Vou condenar e mandar recolher. Os presídios estão superlotados, não têm condições; o condenado vai conviver com outros presos muito piores que ele; se sair, vai sair escolado. Mas o problema não é meu, é do juiz da execução.* E o juiz da execução: *O fato é quase irrelevante, acho que o réu não deveria ter sido condenado, pelo menos à pena de reclusão em regime fechado, diante da situação dos presídios. Mas o problema não é meu. A condenação foi imposta por outro juiz. Tenho é de fazer cumprir a sentença. Depois, o Poder Executivo, que administra os presídios, não os deixa em condições.* E o Poder Executivo, por sua vez: *Mandaram prender esse sujeito. O fato não é tão relevante, já não há espaço, os motins se sucedem.*

Será que vai sair vivo? Não sei, mas o problema não é meu. Foi o Judiciário que o mandou para cá e se os presídios não têm condições é por que nos faltam recursos. A LEP é inexecutável.

As responsabilidades foram transferidas, estabelecendo-se círculo vicioso. Não há o menor resquício de vinculação psicológica da autoridade com a pessoa presa, apesar da consciência de que a opção entre mandar prender ou não pode significar a morte ou a vida da pessoa.

Segundo, ignoram as finalidades da pena e da execução penal (*reprimir, retribuir, propiciar meios para adequada reintegração ou integração social(...)*), transigindo com direitos alheios e olvidando que o princípio da legalidade vigora na execução penal, permanecendo intactos os direitos não atingidos pela sentença condenatória; e, também, ignorando no processo de execução e nos procedimentos disciplinares os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O mínimo que se pode exigir de um juiz é que, no processo, faça observar os princípios do contraditório e da ampla defesa e que fundamente sua decisão. Verifica-se, no entanto, um número cada vez maior de juizes limitando-se a dizer, sem ouvir a defesa: *Acolho o parecer do MP e indefiro o pedido, ou Acolho o laudo do Centro de Observações Criminológicas e indefiro o pedido.* Jamais se vê, no entanto, o juiz dizer que acolhe as razões da defesa e defere o pedido.

Diante do volume excessivo de serviço, até se pode admitir decisões impressas ou de mera aderência, desde que não haja controvérsia e seja para favorecer ao condenado. A decisão de mera aderência, no entanto, frente à controvérsia ou para indeferir benefício, será sempre nula, por ausência de fundamentação.

Terceiro, incorporam desejo de vingança da sociedade, apavorada com a sensação de insegurança, agindo, assim, com excessivo rigor. Apesar da situação dos estabelecimentos penais, da reconhecida superlotação, sabe-se que decretos de indulto, que amenizariam o problema, ainda que minimamente, tiveram âmbito de abrangência sensivelmente diminuído por pressão do Ministério Público, o mesmo que silencia frente às ilegalidades.

Nos processos de execução, os laudos do Centro de Observações Criminológicas são quase sempre

iguais. Psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais conseguem dizer das condições pessoais dos apenados depois de entrevistas que duram, no máximo, trinta minutos. Para o benefício da progressão de regime (art. 112 da LEP), a conclusão mais comum é a de que o apenado sofre de “Transtorno Anti-Social de Personalidade” (TASP), não sendo merecedor do benefício, porque apresenta “risco de reincidência”. A conclusão é um verdadeiro despropósito. Com efeito, a análise do cabimento ou não do benefício deve ser feita pelos operadores do direito que atuam no processo, não pelos técnicos do COC, que devem se restringir a dizer (se conseguirem) das condições pessoais do examinado. Depois, revelar ao apenado que condições pessoais que façam presumir ausência de risco de reincidência jamais foi requisito para a progressão de regime. É requisito, sim, para o benefício maior do livramento condicional, se a condenação foi imposta em face de crime doloso, cometido com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa (art. 83, parágrafo único, do Código Penal). Mesmo assim é comum o acolhimento desses laudos como único fundamento da decisão de indeferimento.

Também, para o indeferimento de benefícios e para sustentar que a Lei de Execução Penal é excessivamente branda, alguns costumam invocar os altos índices de reincidência. Na realidade, no Brasil, não há dados estatísticos confiáveis, mas vamos supor que os índices de reincidência girem em torno de 50%, como dizem. Para os “vingadores da sociedade”, esse dado aconselha que todos cumpram suas penas, integralmente, em regime fechado. Todavia, e disso esquecem, esse dado pode, perfeitamente, significar que, apesar das péssimas condições das celas, das cadeias e das penitenciárias, apesar de toda a estrutura do sistema estar voltada, unicamente, para o castigo, a metade dos condenados não volta a delinquir.

E o que será pior para a sociedade? Deixar que o apenado cumpra a pena integralmente em regime fechado, ou tentar, aos poucos, fazer com que se integre, aderindo a valores que devem ser predominantes?

Não tenho dúvida sobre a resposta. Gostaria, apenas, de alertar que não me parece uma atitude inteligente manter a pessoa presa por período excessivamente longo (a medida do tempo para quem está preso é completa-

mente diferente), fazendo-a passar por intenso sofrimento, em condições que geram reações interiores agravantes, depois, de repente, conceder-lhe “liberdade”, quando já não tem nenhum vínculo, ela dificilmente conseguirá emprego.

É sempre bom lembrar que a pena um dia chegará ao fim, quer queiram, quer não queiram os “vingadores”. Centenas delas findam, diariamente, no País, e a sociedade fica a experimentar o resultado dos rigores da lei.

Até chegarmos a uma situação de relativa humanização do sistema penitenciário há um longo e doloroso caminho, que deve passar por uma evolução cultural (não seriam os presídios retratos do nível cultural da sociedade?), por uma nova mentalidade, que faça nascer e una a vontade social (já expressa na lei) à vontade política de mudar. Deve passar, também, pela superação de nossa notória incompetência, sem falar da corrupção que assola esse País.

Poderíamos começar pelo abandono da idéia de que a Lei de Execução Penal é inexecutável. Segundo os que sustentam essa posição, trata-se

Até chegarmos a uma situação de relativa humanização do sistema penitenciário há um longo e doloroso caminho, que deve passar por uma evolução cultural (...), por uma nova mentalidade, que faça nascer e una a vontade social (...) à vontade política de mudar. Deve passar, também, pela superação de nossa notória incompetência, sem falar da corrupção que assola esse País.

de lei de primeiro mundo, e o Brasil é um país de terceiro. Ora, então querem dizer que só nos servem as leis ruins?

Não há como entender, mesmo porque a assertiva leva-nos à consagração de uma situação absolutamente hipócrita. Com efeito, até a sentença penal condenatória, especialmente em relação aos delitos praticados por pobres, tudo se faz para cumprir a lei. Ao ingressar na fase de execução, quando emergem os direitos do condenado, já não é mais necessário...

Quando falo que o princípio da legalidade vigora na execução penal, quando prego a aplicação da lei, não é na visão positivista, Kelseniana, mas no viés de “positividade combativa” de que trata Amilton Bueno de Carvalho².

E ainda que se queira aplicar a legalidade fria, o agir em execução penal seria diverso daquele que predomina, porque a Lei incorpora os princípios éticos que determinam a limitação a todo poder desmesurado³, indo ao encontro do princípio da constitucionalidade, na busca do respeito aos direitos fundamentais⁴.

Apesar das imensas dificuldades, com o mínimo de criatividade, é possível na jurisdição penal e de execução penal, adotar medidas tendentes à relativa legalização do sistema.

Apenas para exemplificar, há mais de duas décadas não há presos em delegacias no Rio Grande do Sul, simplesmente, porque os juizes proibiram, em face da ilegalidade, e não voltaram atrás, apesar das pressões. Inconcebível admitir que vá cuidar e ‘tratar’ da pessoa presa, exatamente, a autoridade que executou o ato de prisão.

Por meio de simples ofício, de 27/4/95, a Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, constatada a existência de número significativo de réus com prisão processual decretada e sentenças condenatórias, pendentes de julgamento os recursos interpostos, recolhidos a estabelecimentos incompatíveis com o regime determinado para o cumprimento da pena (semi-aberto ou aberto) e/ou com tempo para obtenção de benefícios, encaminhou à Corregedoria-Geral da Justiça sugestão de provimento sobre o tema, ressaltando o constrangimento ilegal que da situação emergia. Havia casos de presos que acabavam por cumprir toda a pena em regime fechado, quando a sentença estabelecera outro, antes de terem seus recursos apreciados. Muitos desistiam dos recursos interpostos,

para viabilizar a remessa dos processos de execução à vara competente e poderem formular os pedidos de benefícios previstos na LEP. A sugestão foi acolhida e criou-se o “processo de execução criminal provisório”, extraído imediatamente após a prolação da sentença condenatória e encaminhado à Vara de Execuções. Mais de quinhentos presos foram, de imediato, beneficiados, passando a estabelecimentos compatíveis com os regimes impostos e podendo, desde logo, formular os pedidos pertinentes. O sistema de informática foi adaptado para extrair a carta de guia provisória (v. arts. 105-107 da LEP) e permitir o processamento dos pedidos.

Por outro ofício, a mesma Vara de Execuções determinou, em 07/12/95, à Superintendência dos Serviços Penitenciários que fossem tomadas providências no sentido de viabilizar a instituição de “visitas íntimas” para as mulheres recolhidas ao Presídio Feminino Madre Pelletier, permitindo-lhes o direito natural à atividade sexual. Aos homens presos era permitido, há décadas, receber visitas íntimas. A determinação foi cumprida em poucos dias, pondo-se termo à odiosa discriminação.

Por meio de ordem de serviço, o benefício das saídas temporárias, que consumia a maior parte do tempo de promotores e juizes e colocava em polvorosa o cartório a cada proximidade de data comemorativa, passou a ser apreciado e deferido apenas uma vez, renovando-se automaticamente. As datas de saídas e o tempo de duração (limitado) passaram a ser administrados, uma vez deferido o benefício, pelo diretor do estabelecimento prisional, com o dever de comunicar, previamente, à Vara de Execuções, para manutenção do controle e atuação do Comissariado de Vigilância.

Por provimentos, sempre após inspeções, foram interditados, parcialmente, vários estabelecimentos que apresentavam superlotação ou condições insalubres.

Uma ordem de serviço, de 11/6/95, também da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, serviu para solucionar três graves problemas: o isolamento preventivo pela prática de supostas faltas durava meses; nos procedimentos disciplinares, quando instaurados, não era observado o direito de defesa e as decisões não eram fundamentadas; as faltas eram averbadas nos prontuários, sem a devida apura-

ção dos fatos e como consequência, inclusive, da aplicação de punições coletivas, vedadas por lei.

Determinou-se, então, o seguinte:

- a) O isolamento preventivo do apenado (art. 60, *caput*, da LEP) somente poderá ser decretado em face da prática de falta grave (art. 50 da LEP) e por ato motivado da autoridade administrativa, imediatamente comunicado ao Juízo da Vara de Execuções Criminais (art. 58, parágrafo único, da LEP);
- b) A comunicação de que trata o item anterior conterà a descrição do fato praticado, os fundamentos da decisão administrativa e a indicação do local onde permanecerá o apenado;
- c) A sanção disciplinar de suspensão ou restrição de direitos (art. 53, III, da LEP) somente poderá ser executada após apuração da falta em procedimento administrativo, decisão motivada da autoridade competente (art. 59 da LEP) e homologação pelo Juízo das Execuções Criminais;
- d) A averbação da falta e da punição imposta, no prontuário do apenado, será feita apenas após homologação do procedimento disciplinar pelo Juízo das Execuções Criminais;
- e) O descumprimento desta Ordem de Serviço e a aplicação de penalidade aos apenados, sem a observância das formalidades legais, provocarão representação perante a Superintendência dos Serviços Penitenciários contra a autoridade administrativa responsável, que ficará sujeita a sanções legais.

A ordem de serviço foi aprovada pela Corregedoria-Geral da Justiça e resistiu inclusive a recurso, interposto pelo Ministério Público, da decisão que proferi e a seguir transcrevo:

Com respeito à manifestação do Ministério Público no sentido de que não cabe ao juiz homologar, ou não, procedimento disciplinar, merece resposta.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que entre as atribuições do juiz de execução se inclui a de “zelar pelo correto cumprimento da pena (...)” (art. 66, VI, da LEP). Evidentemente, se alguma punição for imposta ao apenado ilegalmente, a pena estará sendo cumprida de modo incorreto, cabendo ao juiz da execução o dever de intervir, mesmo de ofício, para fazer cessar a coação ilegal. Aliás, tudo o que diga respeito à

pessoa do apenado, durante a execução da pena privativa de liberdade, interessa ao Judiciário.

A Ordem de Serviço n. 03/95, da VEC, aprovada, aliás, pela Corregedoria-Geral da Justiça, objetivou controlar abusos que vinham ocorrendo nos estabelecimentos sob jurisdição desta Vara. Na prática de qualquer falta, grave ou não, os presos eram punidos, até mesmo sem instauração de procedimento disciplinar; o isolamento “preventivo” durava até mais de trinta dias, apesar do disposto no art. 60 da LEP, e jamais era comunicado ao juiz de execução; na prática, diretores de estabelecimentos de regime aberto e semi-aberto aplicavam regressão de regime, que é ato inerente à função jurisdicional (art. 118 da LEP); o direito de defesa era, absurdamente, ignorado, em desrespeito aos arts. 59 da LEP, e 5º, LV, da Constituição Federal; as disposições da Portaria n. 1.067/92, editada pela então Secretaria da Justiça, do Trabalho e da Cidadania, objetivando garantir o contraditório e a ampla defesa, através de atos formais, eram, igualmente, ignoradas; as faltas disciplinares eram averbadas no prontuário do preso de forma abusiva, prejudicando a concessão de benefícios; punições coletivas eram aplicadas, sem a mínima preocupação com a apuração da responsabilidade individual de cada preso no episódio, ou susposto episódio.

Assim, além de submeterem presos a condições desumanas, degradantes e cruéis, descumprindo reiteradamente as disposições da Lei de Execuções penais e da Constituição Federal, infligiam-lhes castigos sem qualquer controle.

A O.S. 03/95 amenizou a situação e acabou por desagradar a carcereiros que pretendiam continuar tendo poder total sobre os apenados, agindo sem maiores preocupações quanto à legalidade dos atos.

Argumentar que ao diretor cumprir, apenas, comunicar o isolamento do preso e que o juiz de execução só pode agir, mesmo para fazer cessar a coação ilegal (não há ressalva na assertiva), mediante provocação, através de reclamação “de qualquer das partes”, ou recurso do preso, significa, na prática, exatamente atribuir poder total ao carcereiro, submetendo o apenado a castigos infundados e a perseguições, o que é muito comum no Sistema Penitenciário.

Com efeito, em primeiro lugar, se o preso for punido com isolamento, evi-

dentemente, não terá como se comunicar e só poderá reclamar (ou “recorrer”) depois de cumprir a sanção; segundo, a assistência judiciária nos estabelecimentos penais é, absolutamente, precária, quando existente.

Então, na prática, nunca houve ou haverá recurso eficaz, tornando-se a decisão, por mais absurda que seja, definitiva (a execução é imediata).

É indispensável a fiscalização do Ministério Público e do Judiciário, homologando-se, ou não (v.g. confirmando-se ou não), o procedimento disciplinar. Também é indispensável conhecer os estabelecimentos penais, o que se passa atrás dos muros, ter consciência do que vigora no “mundo dos excluídos”.

Deve-se, ademais, saber que os tempos são outros, que a democracia, dependendo dos juizes das Varas de Execuções Criminais de Porto Alegre, será levada às últimas consequências, alcançando, inclusive, os presídios, mesmo que isso torne mais difícil, talvez insuperável, a atividade do carcereiro.

No caso concreto, não se sabe se a defesa foi ouvida antes ou depois de a Comissão Disciplinar emitir parecer e foi descumprido o art. 63, parágrafo único, da Portaria n. 1067/92, fatos que viciam de nulidade o procedimento. No mérito, constata-se que o pedido do apenado de mudar de galeria, por incompatibilidade com outros presos, acabou por ser atendido, o que indica a seriedade de sua postulação. Se corria risco de vida, o que é comum em estabelecimentos penais, natural que se recusasse a retornar à galeria, como atitude desesperada para ser atendido. Não há motivo para punição.

Anulo, pois, o procedimento disciplinar e determino o cancelamento da averbação da falta.

Intímем-se.

Porto Alegre, 08 de março de 1996.

A Vara de Execuções de Porto Alegre, outrossim, aproximou-se da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e do Movimento de Justiça e Direitos Humanos, passando a conferir todas as denúncias de prática de ilegalidades e de crimes, em episódios de espancamentos e torturas, promovendo responsabilidades.

Para o controle da legalidade na execução penal é indispensável dispor de eficiente sistema de informações e de dados estatísticos confiáveis. É ne-

cessário, também, contar com agentes penitenciários e operadores do Direito (defensores públicos, promotores e juizes) devidamente preparados para as funções de seus cargos, comprometidos com a causa dos direitos humanos, que assumam responsabilidades, não transijam com direitos alheios e não se omitam frente aos deveres que a lei lhes impõe. Outrossim, deve haver em cada Estado uma política administrativa de execução penal, e se possível, também, uma política de caráter jurisdicional, bem mais difícil, por certo, de alcançar, porque envolve a independência no ato de julgar.

A ninguém pode ser permitido exercer poder total sobre a pessoa do preso. E é necessário interpretar e aplicar a lei observando sua finalidade, mas sempre com visão crítica dela própria e do sistema. Sobretudo, devemos unir a vontade social positivada à vontade política de mudar.

Sabemos, todos, que a situação é vergonhosa, que algo deve ser feito. Nossos cárceres estão entre os piores do mundo. E nosso País parece um enorme presídio, tomado de corrupção, completamente apodrecido.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Jornal do Comércio, 17/10/2000.
- 2 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo – Teoria e Prática*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- 3 FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho Y Razón*. Madri: Trotta.
- 4 CARVALHO, Amilton Bueno de. Coord. James Tubenchlak. *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 303-319.

ABSTRACT

The author considers Brazil as one of the world's greatest human rights' violators. He writes about the UN's report about official torture in Brazil, emphasizing that the human right's concept is considered as a way of protecting criminals.

He affirms that the Judiciary Power does not need to be provoked in order to guard the penal's execution legality, because it has a power-duty of acting by itself, through service orders, regulations and acts, on the administrative aspect and within the limits of its competence.

He concludes that in order to control the penal execution's legality it is indispensable to count on an efficient information system and reliable statistics; it is necessary to have penitentiary agents and law operators (public attorneys, prosecutors and judges) properly prepared for their duties and compromised with the human right's cause; it should exist, in every state, an administrative policy of penal execution and, if possible, a jurisdictional policy as well.

KEYWORDS – Human rights; UN; penal execution – legality; Penal Execution's Law.

Marco Antonio Bandeira Scapini é Desembargador do Rio Grande do Sul.