

TESE 09

Proponente:

Área: Execução Criminal

II Encontro Estadual – 2008

SÚMULA

A oitiva que se refere o art. 118, inciso II, §2º, da LEP, deve ser realizada na presença do juiz.

Fundamentação teórica e fática

A lei nº 7210, de 1984 (Lei de Execução Penal), prevê em seu art. 118, inciso II, §2º, que o condenado deverá ser ouvido, previamente, antes de ser regredido a regime mais gravoso, desde que ocorra uma das hipóteses acima expostas.

Assunto que gera notável celeuma jurídica é o que trata da necessidade da defesa técnica, bem como do direito do condenado de autodefender-se, antes de sujeitar-se a regime de penas mais gravoso.

As hipóteses que permitem a oitiva do sentenciado antes de sofrer a sanção imposta são: apuração de falta grave; fato definido como crime doloso; transferência para o regime aberto, havendo frustração dos fins da execução ou não pagamento de multa cumulativamente imposta.

Por ser tema controvertido, há na doutrina pátria divisão acentuada. O §2º do inciso II, do art. 118 da LEP, estabelece que "**deverá ser ouvido, previamente, o condenado**", todavia, não expressa como será tal oitiva, de modo que surgiram entendimentos no sentido de que poderia o condenado, em sede administrativa, exercer tal direito.

Argumentam os defensores desta corrente, em síntese, que não se pode burocratizar o procedimento, e ainda, que a oitiva administrativa dos sentenciados respeita os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em que pese a notável argumentação defendida pelos seguidores deste pensamento doutrinário, não se pode, ao interpretar uma norma, restringir um direito. E ainda, havendo dúvida acerca daquilo que dispõe o artigo, dever-se-á, na interpretação, buscar aquilo que beneficia o sentenciado. Trata-se, pois, do princípio do **favor rei**, que deve ser seguido, a todo custo, pois consubstanciado nos ditames da Lei Maior vigente.

Assim, não devemos, ao analisarmos o art. 118, II, § 2º da Lei 7210/84, concluirmos que a oitiva administrativa do sentenciado atende à pretensão do legislador quando da edição da norma.

É cediço, ainda, que o processo de execução penal possui natureza jurisdicional. Findo o processo penal de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença

condenatória, permanece na execução penal o efetivo exercício da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 2º da LEP, o processo de execução deverá reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, de modo que se asseguram ao condenado todos os princípios e regras básicas que o acusado possui na fase cognitiva. Dessa forma, vê-se garantido a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito a prova, e todos os demais direitos garantidos pela lei material e processual. [1]

Desta feita, o procedimento administrativo, em nenhuma hipótese, deverá ser comparado ao judicial, aqui incluídos o processo e a execução penal. Tanto é assim que, mesmo quando se conclui administrativamente pela sanção do condenado, pode o magistrado rever tanto sanção imposta, quanto as conseqüências a ela imputadas. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci. [2]

Destarte, deverá o magistrado, no exercício da jurisdição, ou seja, *do poder dever de dizer o direito*, observar o regramento jurídico estabelecido na legislação, que, no caso em tela, é ditado pela Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, dispõe a melhor doutrina: ***"impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da Execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras"*** [3].

Dessa forma, inviável imaginar o processo de execução penal distante da atuação do poder judiciário, seja qual for a hipótese.

Tem-se ainda, nos ensinamentos de Julio Fabrinne Mirabete, que:

"A razão da obrigatoriedade da oitiva do condenado nessas hipóteses prende-se à possibilidade de poder o condenado justificar o fato que provocaria a regressão. Quanto à prática de crime doloso, pode ter ocorrido uma discriminante ou dirimente, ter havido a instauração de inquérito policial com abuso de poder, perseguição policial, etc. também pode justificar o condenado a prática de fato definido como falta grave ou demonstrar de plano a improcedência da imputação a ela relativa. O preso albergado também poderá justificar o não pagamento da multa imposta ou apresentar ponderáveis razões que o levaram a frustrar os fins da execução."[4]

Ora, não se pode negar ao sentenciado o direito de, frente ao juiz, eventualmente justificar-se. Não se deve, outrossim, imaginar que o mesmo direito seria exercido em sede administrativa.

Um dos princípios que regem o processo pela é o da oralidade. Dele deriva o da **imediatez**, ou seja, o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção.

Ademais, privar o condenado de, judicialmente, ser ouvido, fere o princípio da **imediatez**, consagrado no sistema processual brasileiro.

Ora, cabe ao magistrado, pessoalmente, avaliar a verdade dos fatos. Neste sentido, leciona Marco Antonio Marques da Silva, **"deve o julgador dirigir pessoalmente a instrução processual, recolhendo elementos probatórios úteis à decisão, percebendo, sem qualquer intermediário, todo o conjunto trazido aos autos"** (A vinculação do juiz no processo penal, p. 62)

Tal princípio torna-se mais evidente com a recente reforma do Código de Processo Penal, que consagrou o princípio da identidade física do juiz. Dispõe o art. 399, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08:

"Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença." (NR)" (grifo nosso)

René Ariel Dotti ressalta que **"o princípio da identidade física, portanto, assenta numa das magnas exigências do processo penal, situando-se em plano superior às condições da ação e muitos outros pressupostos de validade da relação processual"** (Bases e alternativas para o sistema de penas, p. 418)

Ressalte-se que a sanção imposta impõe ao sentenciado situação mais gravosa, que é a regressão de regime de penas. Assim, só a pessoa do juiz, investido de jurisdição, pode avaliar a conduta do condenado.

E pessoalmente, terá o condenado o exercício pleno da ampla defesa, pois, poderá utilizar-se de todos os meios para comprovar sua versão dos fatos. Importante ainda salientar que o art. 118, II, §2º, também consagra o princípio do contraditório na execução penal, de modo que, além do acusado ter o direito de ser ouvido, necessária, também, sua defesa técnica, **"pois, sem a intervenção do defensor, seria uma oitiva meramente formal, já que o sentenciado é leigo."**[5]

Tanto é assim que, em Recurso Em *Habeas Corpus* N. 7.463-DF, interposto em face do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, reformou-se a r. sentença de primeiro grau, estabelecendo-se que o acusado deveria ser ouvido, bem com indispensável a defesa técnica.

Isto porque, conforme defendido, frise-se, brilhantemente, pelo douto relator, necessário se faz a oitiva do condenado, pelo órgão jurisdicional, na pessoa do juiz, bem como de seu defensor. Assim, temos:

"A execução da pena recebe, cada vez mais, atenção dos juristas, da Criminologia e dos Direitos Humanos. O Direito Penal vem cumprindo sua missão histórica. Paulatinamente, firmam-se princípios que, a pouco e pouco, reforçam o direito de

liberdade: reserva legal, pessoalidade, retroatividade benéfica, individualização da pena, proibição de penas infamantes, responsabilidade subjetiva.

*O Direito Processual Penal segue a mesma direção. Constitucionalmente, com sacrifícios, é verdade, implantam-se regras: contraditório, plenitude de provas, respeito ao título penal executório. A presunção de inocência impede a execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (conquista na jurisprudência, ainda em andamento). Apesar do disposto no artigo 105 da Lei de Execução, verbis: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução". A execução penal, todavia, ainda não conquistou o mesmo patamar daqueles setores dogmáticos. **A Lei n. 7.210/84 afastou definitivamente a concepção meramente administrativa. Registra, sem dúvida, garantia jurisdicional. Está ultrapassado o tempo em que o condenado era tido como objeto, e não sujeito da execução.***

A execução penal competirá ao juiz (art. 65) e o procedimento correspondente às situações previstas na Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

As decisões do juiz estão sujeitas ao "recurso de agravo", sem efeito suspensivo (art. 197).

O dispositivo é lógico. Cada decisão gera direito e obrigação; aquele não pode ser afrontado e as obrigações por seu turno, cumpre serem impostas. Daí o acesso ao recurso, tanto pelo condenado como pelo Ministério Público.

Em sendo constituída a relação jurídica, define-se o complexo de direitos e obrigações contrapostos.

O condenado, durante a execução, conquista direitos, paulatinamente, de que são exemplos: progressão nos regimes, detração e remissão da pena, suspensão condicional da execução da pena, livramento condicional, saídas temporárias, conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. Substituição da pena por medida de segurança.

Uma vez obtido modo mais favorável para o cumprimento da condenação, eventual alteração implica redução, ou perda de direito; por isso, deverá obedecer a regra dos artigos 194 usque 197. Vale dizer, desenvolver-se-á procedimento judicial, iniciado de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa. Dar-se-á o contraditório. Dispõe o artigo 196 que o condenado e o Ministério Público serão ouvidos em três dias, quando não configurarem como requerentes da medida. E mais: em havendo necessidade de prova, far-se-á a instrução. Caso contrário, o juiz decidirá de plano.

A sanção mais grave aplicável ao condenado, sem dúvida, é a regressão, ou seja a passagem de um regime para outro mais rigoroso, como acontece com o aberto para o semi-aberto e este para o fechado. Reclama-se, por isso, o contraditório. O artigo 118 da LEP, próprio da regressão, especifica, nos respectivos incisos, as causas da regressão: I - prática de fato definido como crime doloso, ou falta grave; II - condenação, por crime anterior, cuja pena,

somada ao restante da pena em execução, torna incabível o regime; III - o condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses antes mencionadas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. No caso do inciso I e III, o referido artigo de lei, no § 2º, é categórico: "deverá ser ouvido, previamente, o condenado".

Coloca-se importante interrogação: essa audiência é obrigatória, ou facultativa, deixada a critério do Juiz de Direito? Permitida mera manifestação do defensor?

A resposta reclama, antes, a colocação sistemática do instituto. É, sem dúvida, direito de defesa, resposta à imputação. **Em se considerando o contraditório, importante particular não pode ser olvidado. Ao lado da defesa técnica, admissível a defesa pessoal. O condenado, o titular do direito ameaçado, integrante da relação jurídica própria do procedimento, interessado pessoal, não pode ser alijado, não obstante a presunção do defensor. A audiência faz-se necessária.** Somente será dispensada se o condenado estiver foragido, ou impossibilitado de fazê-lo.

O comando da Lei de Execução, no particular, não pode ser postergado, ainda que se invoquem dificuldades materiais de deslocamento, ou contato com o magistrado.

Cumpra afastar-se a idéia de solução meramente técnica que leva a simples resultado formal.

Não se pode esquecer que a pena, conforme definição do artigo 59 do Código Penal é estabelecida "conforme seja necessário para reprovação e prevenção do crime".

No momento da execução, evidente, continua a evidenciar esses atributos. O contato pessoal do juiz com o condenado é salutar, indispensável. A defesa técnica visa, em plano de igualdade, responder à acusação técnica. O condenado, o grande protagonista do processo, precisa ser conhecido do magistrado. O contato pessoal é indispensável no processo moderno. Aliás, o Código de Processo Penal comina sanção de nulidade deixar-se de interrogar o réu, quando presente (**art. 564, III, "e"**). Não se trata, evidente, de mera formalidade; busca, sem dúvida, conhecer o acusado. A regra também é válida para a execução penal. É o direito de explicação não afetado pela sentença condenatória".

Neste sentido, dispõe a súmula 343, do STJ: **"É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar."**

Leciona Julio Fabbrini Mirabete: **"Em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem a sua prévia audiência."** (Execução Penal, pág. 493)

Assim, não se olvida que, acertadamente, a melhor doutrina vem se posicionando acerca da necessidade da defesa técnica e da oitiva pessoal do acusado, perante do juiz, nas hipóteses constantes no artigo 118, inciso II, §2º da LEP. Para tanto, não se admite que o acusado seja ouvido em sede administrativa.

Trata-se, pois, da consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que proporcionam ao condenado a oportunidade de valer-se das garantias legais as quais faz jus, retratando-se assim, o Estado Democrático de Direito.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, *in verbis*:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;" (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere: **Item III – Plano de Metas – atuação na área carcerária.**

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 944.

[2] *ibidem*, p. 961.

[3] *Ibidem*, p. 982.

[4] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2007, p.493.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 976.