



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Poder Geral de Cautela na Execução Penal: um instrumento garantidor de eficácia da norma
penal

Diogo Sacramento Seixas Lorosa

Rio de Janeiro
2014

DIOGO SACRAMENTO SEIXAS LOROSA

Poder Geral de Cautela na Execução Penal: um instrumento garantidor de eficácia da norma
penal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Artur Gomes
Guilherme Sandoval
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2014

PODER GERAL DE CAUTELA NA EXECUÇÃO PENAL: UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DE EFICÁCIA DA NORMA PENAL

Diogo Sacramento Seixas Lorosa

Graduado pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – IBMEC. Assessor Jurídico da estrutura básica da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O poder geral de cautela é um instrumento colocado à disposição da jurisdição para, em última análise, garantir o resultado útil do processo, prestando-se tanto ao processo de conhecimento, como ao de execução. No processo penal, há parcela da doutrina que entende pela inexistência de um poder geral de cautela, fundamentando-se, para tanto, no princípio da legalidade estrita. Entretanto, ante o processo de jurisdicionalização da execução da pena, suas finalidades, com atenção à teoria adotada pelo ordenamento, e considerando, outrossim, o sistema penitenciário progressivo e o princípio da proporcionalidade, constata-se a necessidade de o exegeta interpretar o ordenamento de um modo sistemático e teleológico, a fim de que se possa resguardar a eficácia normativa do ordenamento. Assim, propõe este trabalho, brevemente, a identificar alguns dos fundamentos para corroborar a tese daqueles que entendem pela existência de um poder geral de cautela, afastando-se daquela que sustenta a ilegalidade de medidas calcadas em tal poder, sob o fundamento de inexistir norma expressa nesse sentido.

Palavras-chave: Poder Geral de Cautela. Execução Penal. Regressão do Regime Prisional.

Sumário: Introdução. 1. Da jurisdicionalização da execução da pena. 2. Das finalidades da pena. 3. Do sistema penitenciário progressivo. 3. Do princípio da proporcionalidade. 4. Do poder geral de cautela no processo de execução da pena. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo, sem a pretensão de exaurir o tema proposto, apresentar uma breve análise acerca da possibilidade da adoção do poder geral de cautela na execução da pena, conforme orientação remansosa no direito jurisprudencial, embora encontre resistência em parcela da doutrina.

Serão abordados, *en passant*, temas correlatos que servirão de embasamento teórico para o presente estudo, de modo que, no seu decorrer, constatar-se-á não somente pela sua possibilidade, como também pela sua necessidade, para que se possa conferir maior eficácia à norma penal, garantindo-se, na prática, a observância dos mandamentos legais.

Com efeito, verificar-se-á que, em razão do processo de jurisdicionalização da execução penal, ao Estado-juiz coube atuar, com maior nitidez, na proteção de direitos e garantias constitucionalmente previstas, sob o prisma do condenado, não podendo, contudo, relegar, a um segundo plano, a função primordial do Direito, qual seja, a de garantir a preservação da paz e da estabilidade do corpo social.

Ao final, concluir-se-á que o Estado-juiz, para assegurar a fiel execução da pena, de suas funções e das próprias políticas públicas traçadas na legislação penal, deverá adotar eventuais medidas de natureza cautelar, conforme o caso concreto, assumindo, assim, o referido instituto, um papel de grande relevo na execução da pena, ao constituir verdadeiro instrumento garantidor de eficácia da norma penal.

1. DA JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA

A execução da pena passou por um processo de jurisdicionalização, precipuamente, em razão da edição da Lei nº 7.210/84, o qual merece alguns comentários, ante as teorias existentes na doutrina, inclusive, na alienígena, sobre a natureza jurídica da fase executória da pena.

Com efeito, destaca-se que, para uma primeira corrente, a atividade jurisdicional encontraria o seu fim com o trânsito em julgado do título condenatório ou absolutório, momento em que o indivíduo, caso condenado, estaria subordinado ao interesse da

Administração, a quem competiria o processo ressocializador do apenado e, conseqüentemente, o seu retorno à sociedade.

Segundo Raymond Saleilles¹:

[...]

não são atribuições do juiz. Elas não podem ser feitas senão no curso da execução da pena, sob a apreciação daqueles que seguem de perto o progresso do condenado, que o veem em ação e que podem se dar conta da regeneração que se produziu nele. Não é pois o juiz que pode determinar de começo a saída da casa de correção, é a administração penitenciária. O juiz assina a carta de guia e faz a escolha da pena; ele designa o estabelecimento onde o indivíduo deve ser colocado, não é ele quem assina a saída. Isto é atribuição da administração, à qual o condenado vai ser confiado. De sorte que o juiz não terá mais que determinar a duração da pena, mas unicamente a natureza e a escolha da pena.

[...]

Assim, para os adeptos de tal corrente, o processo de execução da pena seria eminentemente administrativo, pois realizado mediante procedimentos instaurados e decididos pela administração, dotado, entretanto, de jurisdicionalidade eventual, quando da instauração de incidentes de execução penal.

Entretanto, *permissa venia*, tal tese não se coaduna com o atual ordenamento jurídico vigente, uma vez que, caso administrativizada, atribuir-se-ia à administração uma ampla margem de discricionariedade, pois, ao seu talante, poderia ela distribuir prerrogativas ou punições de modo inteiramente subjetivo e arbitrário.

Ao seu turno, com a edição da Lei nº 7.210/84, destacou-se a corrente jurisdicional, com fundamento no próprio art. 2º, do diploma legal em comento, entendendo que fora conferido caráter jurisdicional à execução da pena, reconhecendo essa corrente, contudo, uma parcela de atividade administrativa.

Isso porque, cabe à administração penitenciária, entre outras atribuições, zelar pelos condenados, fornecendo-lhes segurança, água, alimentos, ou seja, condições dignas para a sua sobrevivência e a sua ressocialização.

¹ SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine*. Apud: GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 102.

Ademais, compete ao magistrado resguardar os direitos e garantias fundamentais e fiscalizar o cumprimento da Lei nº 7.210/84, no tocante à pena, aplicando as disposições legais pertinentes, valendo-se de sua independência, autonomia, isenção e imparcialidade, ou seja, prerrogativas e deveres inerentes ao próprio cargo, o que constitui, em favor dos condenados, verdadeiras garantias processuais.

Não obstante, deve-se atentar que o indivíduo apenado não perde a qualidade de ser humano, tratando-se, ainda, de sujeito de direitos, alguns, inclusive, invioláveis, expressamente previstos na Carta Magna, conforme disciplina Alberto Franco², ao afirmar que:

[...] o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e de que a jurisdição deve fazer-se não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso administração.
[...]

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, passou por verdadeira revolução copernicana, tornando-se o epicentro axiológico do ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual, toda e qualquer norma restritiva da liberdade humana deve encontrar o seu fundamento de validade, não apenas na Constituição, mas em consonância com o referido postulado.

Nesse diapasão, vê-se que a execução da pena passou por um processo jurisdicionalizante, tornando-a mais efetiva na proteção dos direitos e garantias previstos na Constituição, inerentes ao próprio processo, como, por exemplo, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Todavia, tais direitos e garantias não podem servir de fundamento ou escudo protetor àqueles que subvertem a ordem jurídica, mostrando-se descompromissados com as normas

² FRANCO, Alberto Silva. A Jurisdicionalização da Execução Penal. In: *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 101.

penais e processuais penais e as obrigações delas decorrentes, pois, embora sujeitos de direitos, são também sujeitos de deveres.

Deve-se partir da premissa básica, portanto, que o mesmo ordenamento que garante tais prerrogativas, face à jurisdicionalização da execução da pena, deve também garantir os meios para que o Estado-juiz possa dar efetividade ao comando instituído na norma, garantindo, bem como, a preservação do corpo social.

Assim, levando-se em consideração que a atividade jurisdicional não se esgota com o trânsito em julgado da sentença prolatada no processo de conhecimento, iniciada a sua execução, o Estado-juiz deve estar dotado de instrumentos eficazes para garantir a sua regularidade, de modo a atender aos fins da pena e aos interesses legítimos da sociedade.

1. DAS FINALIDADES DA PENA

Sem maiores digressões, merecem destaques algumas breves considerações acerca da teoria mista da pena, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a mera finalidade de explicitar a relevância jurídico-social do próprio instituto, e, por conseguinte, a necessidade de se garantir maior eficácia em sua execução.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt³, “esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética, na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante”. Ao seu turno, complementa Haroldo Caetano Da Silva⁴, sustentando que “da combinação entre as duas primeiras teorias, surge a terceira: a teoria mista ou eclética. Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam [...]”.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.

⁴ SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual de Execução Penal*. 2. ed, Campinas: Bookseller, 2002, p. 36.

Para Paulo S. Xavier de Souza⁵:

[...]

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinqüente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais.

[...]

Com efeito, encontra-se expressamente previsto na exposição de motivos da Lei nº 7.210/84, em seus itens 13 e 14, respectivamente, que:

Contém o art. 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

As penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

Se há um problema institucional na observância do que impõe a lei de execução penal, cabe ao Estado ser responsabilizado pela sua omissão ou deficiência, pois a ele incumbe o cumprimento das políticas públicas traçadas constitucional e infraconstitucionalmente.

Nesse ínterim, sustentar, no cenário brasileiro, teorias abolicionistas da pena, seria, no mínimo, imprudente, pois, embora louvável a proteção dos direitos humanos, e tais devem ser incontestavelmente garantidos, nenhum dos teóricos existentes propõem um substituto efetivo.

Ao revés, lançam mão de soluções genéricas, intituladas de pedagógicas e/ou comunitárias, sem, contudo, esmiuçá-las, de modo que se possa resguardar a sociedade e a segurança pública, essa última, também um direito fundamental, de natureza difusa, e, nos termos do art. 144, da Constituição Republicana, um “dever do Estado” e um “direito e responsabilidade de todos”.

⁵ SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 85.

Entretanto, não se está, a princípio, diante de um conflito aparente entre “liberdade individual” e “segurança pública”, visto que, caso o Estado venha a cumprir com eficiência o que prescreve o ordenamento, a ressocialização ou reeducação dos presos, com sua reinserção digna no seio social, implicará, invariavelmente, uma harmonização de ambos os direitos.

Assim, levando-se em consideração as finalidades explicitadas, fixada a pena, a sua execução deve ser fielmente observada, sendo inconcebível a existência de um processo de conhecimento, para, ao final, impor a respectiva sanção, caso devida, se, durante o processo de execução, valem-se os condenados do sistema progressivo da pena, adotado pelo ordenamento, para o cometimento de sucessivas evasões e/ou novos delitos.

1. DO SISTEMA PENITENCIÁRIO PROGRESSIVO

No Brasil, adotou-se o sistema progressivo, conforme se pode depreender pela leitura do próprio Código Penal e da Lei nº 7.210/84, ao incorporar regimes diferenciados na individualização e no cumprimento da pena, merecendo destaque as lições de Cezar Roberto Bitencourt⁶, ao afirmar que:

[...]

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com a sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do intento, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

[...]

Quanto aos regimes de pena, o Código Penal brasileiro prevê os regimes fechado, semiaberto e aberto, encontrando-se o seu regulamento, entretanto, na Lei nº 7.210/84, a qual,

⁶ BITENCOURT, op. cit.. p. 104.

inclusive, disciplina a possibilidade de obtenção de progressão do regime mais grave para o menos grave, desde que preenchidos alguns requisitos legais.

O Decreto-lei nº 2.848/40 prevê, ainda, a possibilidade do benefício de livramento condicional, o qual representa a última etapa do sistema progressivo de pena, que, se deferido, passa o condenado a processar o restante de sua pena em liberdade e de forma condicionada, estimulando-se o seu senso de disciplina e de responsabilidade.

Não obstante, prevê, também, a Lei nº 7.210/84, a possibilidade de concessão de saídas temporárias, nas hipóteses previstas no art. 122, possibilitando ao apenado que visite sua família, que frequente curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução de 2º grau ou ensino superior e, até mesmo, outras atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social.

Sobre as saídas temporárias, merece destaque o disposto no item 131, da exposição de motivos da Lei nº 7.210/84, ao afirmar que, “na lição de Elias Neuman, as autorizações de saída representam um considerável avanço penalógico e os seus resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom-senso e adequada fiscalização”.

No entanto, a mesma lei que prevê a possibilidade de obtenção de tais benefícios, para aqueles que, paulatinamente vem demonstrando maior senso de disciplina e grau de responsabilidade, prevê também medidas de cunho punitivo, para os que transgridem as condições estabelecidas, mostrando-se descompromissados com as obrigações impostas, pela lei e pelos magistrados.

No tocante aos regimes de cumprimento de pena, a título de exemplo, caberá ao Estado-juíz promover a sua regressão, transferindo o condenado para regime mais gravoso, quando incorrer nas hipóteses previstas nos incisos do art. 118, da Lei nº 7.210/84, o qual poderá ser o imediatamente subsequente ou o regime fechado, por exemplo, quando da situação prevista no art. 118, II, do referido diploma legal.

Entretanto, a mera existência de tais mecanismos não tem se mostrado suficientes, na prática, o que tem levado, em muitos dos casos, a ineficácia da execução penal e do próprio processo ressocializador inerente à pena. Tal fato deve ser visto com a devida atenção, porque, comumente, não é o pequeno criminoso que desafia as obrigações estabelecidas pela lei ou impostas pelo Estado-juiz, mas aqueles habituais, que fazem carreira no crime, colocando em xeque a segurança pública.

Ressalvadas as hipóteses em que há a suspensão condicional do processo, da pena ou a aplicação de penas restritivas de direitos, não é o condutor de veículo, condenado por homicídio culposo, por exemplo, que, na primeira oportunidade, valer-se-á do benefício alcançado para se evadir do sistema, tampouco eventual comerciante condenado por um ou mais crimes contra a ordem econômica ou tributária, caso venha, efetivamente, a cumprir pena de liberdade.

Serão os homicidas, os latrocidias, os chefes do tráfico, aqueles que, efetivamente, caracterizam um perigo real e concreto para a sociedade, que se valem do próprio sistema e voltam a delinquir antes mesmo do término da execução de sua pena, assim que alcançado o primeiro benefício que lhes garanta a saída do sistema penitenciário, sem a vigilância direta do Estado.

O que fazer em tais situações? Por certo o Estado-juiz deverá puni-los com a regressão de regime, uma vez que a evasão constitui falta grave, nos termos do art. 118, I, c/c, art. 50, II, da Lei nº 7.210/84, o que fica condicionada, contudo, à oitiva prévia do condenado, nos termos do art. 118, §2º, do mesmo diploma.

Surge, então, o grande problema de ordem prática.

Questiona-se: esperar-se-á o indivíduo se apresentar, de forma voluntária, para ser ouvido, e, eventualmente, ter sua liberdade novamente restringida e, possivelmente, agravada?

Ou, ainda que capturado, deverá sê-lo mantido no mesmo regime do qual se evadiu, possibilitando o empreendimento de nova fuga?

Por óbvio, tal entendimento não se coaduna com a finalidade da norma, devendo, portanto, o magistrado, a partir de uma interpretação, inclusive, teleológica, adotar os meios necessários para a garantia do processo executivo da pena, resguardando-se, de um lado, a eficácia da norma, e, de outro, a segurança pública, direito fundamental.

Importa salientar, contudo, que não se está a criticar o referido dispositivo. Ao revés, devem ser observados os direitos e garantias constitucionais, inclusive, na execução da pena, porque, uma vez jurisdicionalizada a sua execução, a ampla defesa, o contraditório e o *due process of law* precisam ser fielmente observados.

Sob o enfoque da eficácia da norma, mister transcrever as lições de Pontes de Miranda⁷, ao afirmar que o “Direito é processo de adaptação social, que consiste em se estabelecerem regras de conduta, cuja incidência é independente da adesão daqueles a que a incidência da regra jurídica possa interessar”, extraíndo-se do conceito ora trabalhado, a ideia de sujeição do indivíduo em face do ordenamento jurídico, mostrando-se irrelevante o seu consentimento para que sofra a incidência da norma, sendo a coação, nota fundamental do Direito, necessária para se garantir a eficácia dos mandamentos legais e a preservação do corpo social.

Nesse contexto, tem-se valido o Estado-juiz do poder geral de cautela para fazer valer as próprias disposições legais, atinentes à execução da pena, o que tem gerado alguns debates na doutrina, não obstante o direito jurisprudencial tenha se firmado pela possibilidade de sua adoção.

1. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, tomo I, p. 31.

A Lei nº 12.403/11 alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, atendendo aos direitos constitucionais previstos no art. 5º, da *Lex Mater*, pois, hodiernamente, entende-se que a liberdade é a regra, ao passo que a prisão provisória se mostra como exceção.

Nesse ínterim, ganhou maior destaque, na nova sistemática do processo penal cautelar, o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 282, do CPP, considerando o seu binômio necessidade-adequação, implicitamente previsto na Constituição Republicana e intrínseco à garantia dos direitos fundamentais.

Não mais subsiste, portanto, aquele cenário em que figuravam, tão somente, os dois extremos, isto é, a liberdade ou a prisão do investigado ou acusado, tendo sido viabilizado ao Estado-juiz, conforme o caso concreto, a adoção das cautelares que entender necessárias para garantir a efetividade da investigação ou do processo.

Ao comentar a reforma introduzida pela Lei nº 12.403/11, importa transcrever as lições de Eugênio Pacelli⁸, ao asseverar que:

[...]

toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.

E essa finalidade há que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir.

Nesse passo, surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente. [...].

Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embarçar a sua atuação devem ser coartadas. Obviamente, não se está aqui a defender uma funcionalização desmedida do processo penal, de tal modo que a preocupação com a sua efetividade supere quaisquer das garantias individuais. Em absoluto. A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do devido processo legal. O que estamos a afirmar é que quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade.

[...]

⁸ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8-9.

Desse modo, pode-se afirmar que o legislador, ao criar um novo sistema de cautelares, inclusive, não prisionais, buscou atualizar o tratamento dado aos institutos da prisão e das cautelares em geral, superando eventuais distorções que o tempo produziu no Código de Processo Penal.

Em que pese tal inovação ter se dirigido ao processo de conhecimento, revela-se plenamente possível, em tese, a aplicação de sua estrutura axiológica também no processo de execução da pena, dado o caráter instrumental de tais medidas, especialmente se considerada a existência de um título condenatório, com a culpa do agente devidamente configurada, em cognição exauriente.

Se por um lado a Lei nº 12.403/11 instituiu um sistema mais voltado à justiça, contribuindo para a promoção da dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais dela decorrentes, não pode o Estado, sob o prisma social, esquivar-se dos mandamentos constitucionais, legais e dos interesses legítimos da coletividade.

1. DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA

Não obstante o aqui discorrido, uma parcela da doutrina sustenta que inexistente poder geral de cautela na seara criminal, fundamentando-se, para tanto, no princípio da legalidade, o que, para os fins aqui propostos, traduz-se na impossibilidade de adoção de qualquer medida de natureza cautelar não prevista em lei.

Pela impossibilidade, leciona Antônio Magalhães Gomes Filho⁹, que:

[...]

Em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um poder geral de cautela, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede na jurisdição civil; tratando-se de limitações da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57.

da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, à legalidade da inteira pretensão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.
[...]

Entretanto, tal entendimento, *a contrario sensu*, implica que, no processo criminal, estaria a atuação do Estado-juiz engessado nas prescrições legais, submetido a um positivismo autista, sem a possibilidade de o magistrado se atentar ao contexto social em que ele e a própria norma (ou sua ausência) estão inseridos, o que, evidentemente, resultaria inúmeras iniquidades.

Sábias são as lições de Paulo Nader¹⁰, nesse sentido, ao afirmar que:

[...]
Tal é a diversidade dos acontecimentos sociais submetidos à regulamentação, que ao legislador seria impossível a sua total catalogação. Daí por que a lei não é casuística e não prevê todos os casos possíveis, de acordo com suas peculiaridades. A sistemática exige do aplicador da lei, juiz ou administrador, uma adaptação da norma jurídica, que é genérica e abstrata, às condições do caso concreto. Não fosse assim, a aplicação rígida e automática da lei poderia fazer do Direito um instrumento de injustiça, conforme o velho adágio *Summum jus, summa injura*.
[...]

Ato contínuo, o instituto do poder geral de cautela está expressamente previsto no art. 798 do CPC, e a sua aplicação na execução penal se faz de modo sistemático e, inclusive, teleológico, em razão do disposto no art. 2º, da Lei 7.210/84, e art. 3º do CPP, considerando-se, ainda, a própria disciplina trazida pela Lei nº 11.403/11, que reformou substancialmente o Título IX, do Livro I, do Código de Processo Penal, introduzindo normas gerais em matéria cautelar.

Ressalte-se que o poder geral de cautela é imanente ao processo e, sobretudo, à própria jurisdição, sendo irrelevante a classificação adotada quanto ao seu objeto, considerando-se que toda e qualquer medida cautelar é provisória, revogável e, principalmente, instrumental, com a finalidade última de assegurar a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional.

¹⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p.1.

Afirmar que inexistente poder geral de cautela no processo de execução da pena, negando ao Estado-juiz a possibilidade de sua utilização para garantir a aplicação dos mandamentos constitucionais e legais, importa dizer que inexistente exercício de função jurisdicional, como se fosse só administrativa, a natureza jurídica da execução da pena, corrente essa há muito superada, como já demonstrado.

Segundo as ilustres lições de Humberto Theodoro Júnior¹¹:

[...]

Modernamente, já não se põe em dúvida que a cautela é poder implícito dentro da jurisdição. [...].

a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, participando da natureza de ambas as funções, mas gozando de autonomia, graças aos fins ou objetivos peculiares da cautela. (...) Não basta ao Estado assumir o monopólio através da jurisdição. É intuitivo que deva cuidar para que missão de fazer justiça seja realizada da melhor maneira possível, evitando sentenças tardias ou providências inócuas, que fatalmente redundariam no descrédito e, em muitos casos, na inutilidade da própria justiça. A função de distribuição de justiça ou de tutela jurídica não se propõe lograr fins simplesmente teóricos, senão alcançar resultados positivos e tangíveis, o que, todavia, nem sempre é possível obter com os processos de cognição e de execução. É assim que, de par com a instituição da cognição e da execução, como remédios definitivos para a realização concreta da vontade da lei, dispõem os órgãos jurisdicionais também do poder cautelar, como função inerente à própria atividade jurisdicional.

[...]

Ainda sobre as medidas cautelares, o renomado autor também disciplina que “sua atividade é, puramente, instrumental, do escopo geral da jurisdição, apresentando-se como remédio destinado apenas a assegurar ou garantir o eficaz desenvolvimento e profícuo resultado do desígnio último da jurisdição, realizável pela cognição ou execução”¹².

Desse modo, ante o processo de jurisdicionalização pelo qual passou a execução da pena, mostra-se plenamente possível a adoção, pelo Estado-juiz, de eventuais medidas cautelares, conforme o caso concreto, a fim de que seja assegurada a eficácia da norma e a efetividade do processo, coarctando, assim, qualquer ato que venha a inviabilizar o cumprimento da pena e, pela via oblíqua, as suas funções.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 24. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008, p. 41-42.

¹² *Ibid.*, p. 49.

Nessa mesma linha de pensamento, leciona Renato Marcão¹³, disciplinando que:

[...]

É inerente à função jurisdicional o poder geral de cautela, que tem sede de aplicação tanto no processo de conhecimento quanto no de execução, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos indispensáveis. Dentro de tal órbita, tem o juiz da execução o poder-dever, diante do caso concreto, de determinar medidas que entender emergenciais visando assegurar os fins e a efetividade do processo executivo, inibindo qualquer ato atentatório aos destinos da execução.

[...]

Ademais, a afirmação de a Lei nº 7.210/84 não prevê expressamente o poder geral de cautela e, portanto, não cabe a sua utilização pelo Estado-juiz na execução penal, parte de uma premissa kafkiana e uma visão simplista do processo.

Não é demais relembrar, como dito alhures, que, ao legislador não compete a impossível missão de prever todos os fatos sociais juridicamente relevantes, regulando-os exaustivamente, cabendo, portanto, ao aplicador da norma, em tais situações, valer-se de uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento.

Sob o prisma da ausência de previsão legal expressa, leciona Sérgio Demoro Hamilton¹⁴ que:

[...]

Não se pode, pura e simplesmente, alijar o juiz da execução o poder geral de cautela, inerente ao exercício da jurisdição, pela simples razão de que a LEP não previu expressamente a regressão cautelar. A lei, como é curial, por mais detalhada que seja, não pode, evidentemente, ser abrangente de todas as situações jurídicas e fáticas que se possam apresentar ao aplicador do direito positivo no dia-a-dia do foro. Daí o socorro que lhe prestam a doutrina e a jurisprudência. Na execução penal, quando já há contra o sentenciado uma sentença condenatória transitada, justifica-se, de modo especial, que o exegeta não se preste a uma interpretação ingênua do texto legal, valendo-se, sempre que possível, da teoria geral do processo, para suprir as inafastáveis lacunas da lei.

[...]

Com efeito, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça¹⁵, adotando essa mesma linha de raciocínio, ao entender não se mostrar abusiva ou arbitrária decisão judicial que determinara a prévia autorização judicial,

¹³ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

¹⁴ HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 174.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 113.563/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/11/2008. Acesso em: 08.dez.2013.

para que acusados pudessem se ausentar do país, acautelando o interesse social, independentemente da existência de norma expressa nesse sentido.

Ao seu turno, o Supremo Tribunal Federal¹⁶ igualmente se posicionava pela existência e possibilidade da adoção do poder geral de cautela, à luz do princípio da proporcionalidade e com base na ponderação de interesses, ao admitir a retenção de passaportes, repise-se, mesmo inexistindo, à época, previsão legal de tal ordem.

Isso porque, inexistem, em regra, direitos absolutos e que, em determinadas ocasiões, como na execução penal, por exemplo, faz-se necessária a ponderação dos interesses em conflito, admitindo-se, conseqüentemente, a adoção de medidas cautelares, para que se possa resguardar aquele interesse de maior peso, no plano metafórico e in concreto.

Assim, possibilitar a presos evadidos do sistema, a sua permanência no mesmo regime do qual se evadiu, quando capturado, a espera de sua oitiva e a prolação de decisão sobre a regressão, ou não, de seu regime, importaria em viabilizar, possivelmente, o empreendimento de nova fuga e de novas infrações penais, interpretação que não se coaduna com a finalidade da norma.

Na hipótese supracitada, diante de uma suposta evasão do condenado, havendo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, caso tal regressão se opere de forma cautelar, inexistirá qualquer ilegalidade no *decisum* proferido, desde que, futuramente, seja observado o disposto no art. 118, §2º, da Lei nº 7.210/84, ao decidir o Estado-juiz, em definitivo, pela regressão, ou não, do regime prisional do apenado.

Segundo as lições de Sérgio Demoro Hamilton¹⁷:

[...]

Em primeiro lugar é preciso ter em mira que a fuga, por si só, constitui falta grave, ensejando a forma regressiva na execução da pena privativa de liberdade. Até aí a questão não sugere perplexidade. Em segundo plano, visto que se tornaria impossível a audiência prévia do condenado em razão da sua fuga. Seria caso de mera aplicação da parêmia *ad impossibilia nemo tenetur*. Por fim, faltaria ao

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 101.830/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011. Acesso em: 08.dez.2013.

¹⁷ HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 172.

condenado legitimidade para arguir a nulidade que deu causa nos exatos termos do art. 565, CPP, pois não lhe seria lícito tirar proveito de sua própria torpeza, tendo em conta a regra moral e jurídica, segundo a qual *nemo de improbitate sua consequitur actionem*”.

[...]

Vê-se, portanto, e com clareza solar, que inexistente violação ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, os quais são apenas diferidos, resguardando-se, antecipadamente, a segurança pública e a própria eficácia e teleologia da norma.

Nesse mesmo sentido, entendeu o Douto Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado¹⁸, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão proferido em sede de agravo em execução, argumentando que:

[...]

Embora não conste expressamente da Lei de Execuções Penais a regressão cautelar, a construção doutrinária e jurisprudencial encontra abrigo no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e na necessidade de se apurar a falta grave cometida pelo interno. [...]. A execução da pena possui um aspecto de direito do apenado, visto que nela existem vários benefícios, dentre eles a progressão de regime, concedidos segundo o mérito do apenado durante o cumprimento da pena, mas também configura um direito da sociedade, de se dar efetividade às decisões condenatórias definitivas proferidas pelo Poder Judiciário. [...]. A oitiva do apenado somente se faz indispensável quando se tratar de medida definitiva, dispensando-se tal oitiva em se tratando de medida cautelar.

[...]

Constata-se, portanto, que tal entendimento se mostra bastante uniforme na jurisprudência, depreendendo-se pela aceitabilidade do poder geral de cautela, mesmo na execução penal, sem que incorra o Estado-juiz em qualquer ilegalidade ou violação aos direitos fundamentais previstos na Magna Carta.

Ad argumentandum tantum, se durante o processo de conhecimento, admite-se a prisão cautelar do acusado, sem que isso constitua ofensa ao princípio *in dubio pro reo* ou aos valores constitucionais, com muito mais razão se revela admissível a utilização do poder geral de cautela depois do trânsito em julgado, momento em que há contra o ofensor um título condenatório, proferido em sede de cognição exauriente.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Agravo em Execução Penal nº 0036112-80.2011.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, Sexta Câmara Criminal, julgado em 13/03/2012. Acesso em: 08.dez.2013.

E, ainda, se para a obtenção de quaisquer benefícios deve o Estado-juiz se cercar de todas as cautelas necessárias, com muito mais razão deverá adotar as medidas pertinentes, quando ocorrer qualquer situação que possa vir a frustrar o processo executivo da pena.

Isso, pois, a execução frustrada da pena equivale à absoluta ineficácia da lei penal e da efetividade do próprio processo, pois em nada resolve um título condenatório se a execução da pena não é cumprida, tornando inviável a sua função ressocializadora, frustrando, bem como, as suas demais finalidades.

Além do descrédito para com o Estado, coloca-se em risco a própria segurança pública, erigida a valor fundamental pela Lei Maior de 1988, ao deixar criminosos evadidos do sistema, absolutamente descompromissados com a norma e sem nenhuma responsabilidade social.

Por fim, é sempre válido ressaltar, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal¹⁹, há mais de duas décadas, que “a lei deve ser interpretada não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranquilidade e segurança social”, mormente, se considerado que no transcurso de tais décadas, não só a criminalidade, mas também a periculosidade dos agentes infratores aumentaram²⁰.

CONCLUSÃO

Historicamente, observou-se que a execução penal sofreu um processo de jurisdicionalização, em virtude da edição da Lei nº 7.210/84, o que implicou em uma maior participação do Estado-juiz durante o cumprimento da pena, resguardando e fiscalizando o cumprimento das disposições constitucionais e infraconstitucionais.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 63.673-0/SP, Rel. Min. Djaci Alves Falcão, julgado em 20/06/86, DJU 20.06.1986, p.10.929. Acesso em: 08.dez.2013.

²⁰ Reporta-se o autor ao fato noticiado no “O Globo”, ocorrido em 03/07/2012, onde 15 (quinze) homens armados de fuzis invadiram a 25ª Delegacia de Polícia (Engenho Novo), para resgatar o traficante Diogo de Souza Feitosa, apontado como o segundo homem na hierarquia do tráfico nas favelas de Mangueiras e Mandela.

No entanto, constata-se que, embora tenha o ordenamento se voltado, primordialmente, para a ressocialização e reeducação dos condenados, tem-se visto, na prática, a subversão da ordem jurídica e o descrédito social.

Nesse diapasão, considerando as finalidades da pena, conclui-se que a sua execução é tão relevante quanto o próprio processo de conhecimento, se não mais essencial, razão pela qual, depreende-se pela necessidade de se garantir maior eficácia aos mandamentos previstos no ordenamento, em especial à Lei nº 7.210/84.

O poder geral de cautela, portanto, imanente à própria jurisdição, e, jurisdicionalizada a execução penal, surge como uma ferramenta para que se possa fazer cumprir as disposições da lei de execução penal, considerando que ao Estado cabe prevenir e reprimir a criminalidade, bem como condutas que atentem contra a tranquilidade e a estabilidade do corpo social.

Não compactuar com tal entendimento contraria toda a teoria geral do processo, porquanto não há como dissociar o poder geral de cautela do exercício jurisdicional, visto que, sem aquele, em muitos dos casos a própria atividade exercida pelo Estado-juiz restaria impossibilitada, ocasionando situações de verdadeira injustiça social.

Por tais razões, tem-se observado uma mudança de postura no direito jurisprudencial, embora não tão inovadora, admitindo os Tribunais Superiores a existência e a possibilidade de utilização de medidas cautelares na execução da pena, desde que observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois, do contrário, subsumir-se-ia a norma a um mero texto no papel.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08.dez.2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 08.dez.2013.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 08.dez.2013.

FRANCO, Alberto Silva. A Jurisdicionalização da Execução Penal. In: *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, tomo I.

SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine*. Apud: GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual de Execução Penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 24. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008.