

SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Daniel Nicory do Prado¹

1. INTRODUÇÃO

É freqüente a discussão acerca da “natureza jurídica” de um determinado instituto, ou até de um conjunto mais amplo de institutos jurídicos, como a execução penal. Nesses continuados e exaustivos debates acadêmicos, costuma-se verificar o estabelecimento de duas posições radicalmente opostas e de uma terceira vertente conciliatória, mista ou híbrida.

No entanto, o jurista precisa tomar o devido cuidado para não esquecer a utilidade prática que possa ter aquele debate, pois correrá sempre o risco de dispendir muito esforço em meras demonstrações de erudição ou emulações intelectuais. A advertência acima leva em conta também os propósitos do presente ensaio.

Embora aqui se publique somente a discussão sobre a “natureza jurídica da execução penal”, as reflexões seguintes resultaram de investigações mais amplas sobre o problema da privatização do sistema prisional, visto que, a depender do entendimento que se tenha da execução penal, como integrante da função jurisdicional do Estado, como atividade meramente administrativa ou, ainda, como atividade *sui generis*, híbrida, na qual interferem dois órgãos da soberania (Poder Executivo e Poder Judiciário), isso terá reflexos decisivos sobre a aceitação ou rejeição da participação da iniciativa privada na gestão de presídios, já que o exercício da jurisdição é função típica, essencial e indelegável do Estado.

2. OS SISTEMAS DE EXECUÇÃO PENAL

Salo de Carvalho, com grande habilidade, resume os sistemas de execução penal como administrativos ou jurisdicionais, para os quais corresponde uma posição jurídica particular para o recluso. Nos sistemas administrativos, o preso é objeto da execução e as eventuais atenuações da quantidade ou qualidade da pena são

¹ Advogado, mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia .

entendidas como benefícios – liberalidades do Estado no exercício do *jus puniendi*. Nos jurisdicionais, o preso é sujeito de uma relação jurídica em face do Estado, sendo, portanto, titular de direitos e obrigações².

Apesar de a doutrina se dividir quanto à natureza da execução penal, considerando-a administrativa (Adhemar Raymundo da Silva), jurisdicional (Frederico Marques, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo) ou ‘mista’ (Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva), todos concordam num ponto: há uma tendência no sentido da jurisdicionalização.

Antes de expor o ponto de vista que irá nortear o presente artigo, é necessária uma revisão acerca dos sistemas de execução penal. Segundo a posição, hoje solitária, de Adhemar Raymundo da Silva, “cessada a atividade do Estado-jurisdicção com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal”³.

Salo de Carvalho, com a habilidade habitual, esclarece que “o entendimento puramente administrativista acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional)”⁴, o que teria gerado “dogmaticamente uma concepção híbrida, qual seja, de que a natureza da execução penal seria tanto administrativa como jurisdicional”⁵.

A principal representante brasileira da corrente mista, ou híbrida, é Ada Pellegrini Grinover, cuja compreensão, expressa num trabalho organizado à época da promulgação da Lei de Execuções Penais em vigor, merece cuidadosa análise. Para a versátil processualista, “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 estatais: o Judiciário e o Executivo”⁶. No entanto, a autora defende a necessidade de apartar cada um dos aspectos.

² CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³ SILVA, Adhemar Raimundo *apud* CARVALHO. Op. Cit. p. 166.

⁴ CARVALHO. Op. Cit., p. 166.

⁵ *Ibidem*. p. 166.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

Em outra passagem do mesmo trabalho, afirma que:

deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional⁷.

A autora extrema com clareza as dimensões da execução penal que, a seu juízo, são atividades administrativas: a expiação da pena, o cumprimento material da sentença. Por outro lado, a apreciação dos incidentes da execução – concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, remição de pena, entre outros – é função jurisdicional que cabe ao juiz da execução. Esta bipartição, como já esclarecido por Carvalho, foi uma evolução doutrinária natural e necessária diante do crescimento da importância dos incidentes, que abalou irreversivelmente a credibilidade da concepção administrativista pura.

Ainda segundo Carvalho, a jurisdicionalização (formal) da execução penal no Brasil se completou a partir do início da vigência da Lei de Execução Penal (LEP), “que fixa o conteúdo jurídico da execução (art. 1º), anuncia a jurisdição e o processo (art. 2º), detalha a competência do Juiz de Execução Penal (art. 66) e determina o procedimento judicial (art. 194)”⁸. O penalista gaúcho, contudo, reconhece que a evolução doutrinária e jurisprudencial não acompanhou a inovação normativa, e que ainda há diversos defensores da tese da natureza jurídica mista.

Outra visão acerca da feição jurisdicional da execução penal é exposta por Maria Juliana Moraes de Araújo, em sua contribuição à coletânea **Privatização das Prisões**, escrita por mestrados em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Para a autora, a execução penal é a “*longa manus* da atividade jurisdicional, ou seja, ela acontece nos moldes da sentença que pôs fim ao litígio criminal”⁹. Perceber a vinculação dos atos de execução aos comandos da sentença é fundamental, na concepção de Araújo, para a sua adequada caracterização. Tal ponto deslegitima,

⁷ GRINOVER, Op. Cit. p. 10.

⁸ CARVALHO. Op. Cit.

⁹ ARAÚJO, Maria Juliana Moraes de. A execução penal como extensão da atividade jurisdicional, in ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (coord.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

inclusive, o antigo entendimento de que os tribunais outorgavam aos estabelecimentos prisionais a execução de “penas em branco”, em que se fundamentava largamente a concepção de que a execução penal seria atividade administrativa.

Uma última opinião merece, antes de nos debruçarmos propriamente sobre o ponto, atenção. A doutrinadora lusitana Anabela Miranda Rodrigues, em seu **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**, explica que, em Portugal, o fato de os passos já ensaiados no sentido da jurisdicionalização serem tímidos é

reflexo da tensão que inevitavelmente se suscita quando se trata, como é o caso, de estabelecer uma linha divisória entre competências do juiz de execução das penas e da administração penitenciária. Se cabe a esta a organização e a inspeção das instituições penitenciárias, o objectivo de assegurar a defesa dos direitos dos reclusos cometido ao juiz poderá, em muitos casos, contender com aquelas tarefas¹⁰.

Da leitura de alguns dos principais estudiosos, em língua portuguesa, da matéria, percebeu-se que é unânime o reconhecimento da evolução da execução penal para uma jurisdicionalização plena e irrestrita, abandonando as políticas de não intervenção judicial na administração dos presídios. No entanto, muitos ainda ressaltam uma divisão de tarefas, ou a existência de atividades de naturezas diversas – administrativa e jurisdicional – no curso da execução penal, bem como uma tensão crescente entre ambas, com a prevalência da segunda.

O movimento pela jurisdicionalização de fato da execução penal é irrefreável e já foi reconhecido pela doutrina como sucedâneo da concepção primitiva da natureza administrativa da atividade executiva penal, o que já é suficiente para sustentar o argumento que norteia o presente trabalho. No entanto, o tema da natureza jurídica da execução penal não se esgota com a análise de sua evolução histórica; pelo contrário, exige uma definição mais precisa.

3. A NATUREZA JURÍDICA JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO PENAL

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. “Fac-Símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

Enquanto o reconhecimento da progressiva jurisdicionalização da execução penal é inquestionável, por outro lado, poucos doutrinadores sustentam que ela integra a função jurisdicional do Estado desde sempre, por sua própria natureza.

Pois bem: se jurisdição, na concepção clássica, é o poder/dever de solucionar os litígios, aplicando o direito ao caso concreto, é difícil entender, à primeira vista, como se negou à execução penal o caráter de atividade jurisdicional.

Não é possível afirmar que, com o trânsito em julgado da sentença, exaure-se a função jurisdicional do Estado. Os comandos da sentença do processo de conhecimento, se não cumpridos pela parte vencida, serão ineficazes. Para isto existem os processos de execução. Mais do que declarar o direito numa situação de conflito, a jurisdição também envolve o efetivo cumprimento, voluntário ou forçado, de tal determinação; do contrário, não se efetiva a paz social almejada com a instituição da justiça pública.

Vejam-se, neste sentido, conceitos muito úteis para a compreensão do tema. Segundo Alfredo de Marsico:

a jurisdição, em suma, é o poder exclusivo de um órgão público de apurar a violação de um direito público ou privado, para a declaração da vontade da lei e a **aplicação coativa das conseqüências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-la.**¹¹

José Joaquim Calmon de Passos, em monografia sobre o tema, esclarece que:

Se, etimologicamente, jurisdição significa dizer o direito (*juris* e *dictio*), na realidade dos fatos o seu conteúdo é mais amplo, porquanto não se limita ao conhecimento da causa e ao seu julgamento, incluindo também a execução do julgado. Pela jurisdição o direito não é apenas declarado, êle é aplicado e aplicado autoritativamente¹².

A própria Ada Pellegrini Grinover, defensora, como foi exposto, da natureza mista da execução penal, esboça um conceito de jurisdição, na clássica obra

¹¹ DE MARSICO, Alfredo *apud* NORONHA, Edgard Magalhães . **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 44.

¹² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da Jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p 14-15.

Teoria Geral do Processo, que subsidia a tese da natureza jurisdicional:

a atividade jurisdicional é uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para imparcialmente buscar a atuação da vontade do direito objetivo (...), seja expressando autoritariamente o preceito (através de uma sentença de mérito), **seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece** (através da execução forçada)¹³ (GRIFO NOSSO).

Ora, se está bastante claro que a função jurisdicional inclui a execução dos comandos da sentença e, na esfera não penal, tal atividade é reconhecida pacificamente como continuação da atividade jurisdicional, qual o empecilho para uma compreensão idêntica no caso da execução penal? Grinover, inclusive, ressalta que, “apesar de peculiaridades e diferenças em confronto com a execução civil, a natureza do processo de execução – civil e penal – é exatamente a mesma”¹⁴.

Costuma-se dizer que, ao contrário dos demais ramos do Direito, ao final do processo penal o juiz confia o cumprimento da pena a uma autoridade constituída (o diretor do presídio), integrante do Poder Executivo, num estabelecimento que compõe a estrutura da administração direta. Ora, não se pode esquecer que, na execução de sentenças não penais, o Judiciário também pode se valer da colaboração do Poder Executivo, por exemplo, na requisição de força policial para o cumprimento das sentenças em ações possessórias. A autoridade policial, integrante do Poder Executivo, estará colaborando para o exercício da função jurisdicional.

A execução das sentenças, penais ou não penais, é promovida pelo juiz competente, especializado ou não, por meio de um processo, muitas vezes autônomo ao processo de conhecimento, com a colaboração ou não de órgãos de outros poderes. A diferença é apenas de intensidade. Enquanto, para as sentenças civis, o próprio Judiciário costuma dispor do aparato necessário e, eventualmente, precisa do auxílio do Executivo, sobretudo na requisição de força policial, as sentenças penais que

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit. p. 7.

condenam os réus às penas privativas de liberdade serão sempre cumpridas em estabelecimentos especializados, mantidos pelo Poder Executivo.

É extremamente salutar a percepção de que, no cumprimento das penas não privativas de liberdade (pecuniárias ou restritivas de direitos), a participação do Poder Executivo é muito menor e pode não chegar a acontecer se, por exemplo, no caso das penas de multa ou de prestação pecuniária, houver cumprimento voluntário e dentro do prazo. Dessa forma, a própria execução penal pode se dar sem a colaboração de órgãos externos ao Judiciário.

Colocando melhor o problema, a singularidade não é da execução penal como um todo, mas da execução das sentenças que aplicam penas privativas de liberdade. A pena de prisão, que ainda se mantém na base dos sistemas e da cultura penais das sociedades ocidentais modernas, exige do Estado, por sua natureza, a manutenção de um aparato caríssimo para custodiar os condenados. Ao contrário da maioria das sentenças que envolvem obrigações patrimoniais, a execução da sentença penal se protraí no tempo, durando anos e, não raro, mais de uma década.

É a manutenção dos estabelecimentos penais pelo Estado-Administração que distingue a execução da sentença penal, que condena à prisão, das demais. Com base nela, inúmeros doutrinadores defenderam arduamente a natureza administrativa da Execução Penal, uma vez que as penas são cumpridas em estabelecimentos mantidos pelo Executivo. Como já foi dito, o Judiciário pode se valer, para a execução de qualquer sentença, da colaboração de órgãos de outros poderes. Mais do que declarar o Direito, a Jurisdição, como função necessária à pacificação social, implica dar cumprimento à decisão que solucionou o conflito, e não é a eventual intervenção de outros Poderes que descaracteriza a natureza jurisdicional da atividade.

Esta constatação não é nova. José Frederico Marques, na clássica obra **Da Competência em Matéria Penal**, já a fizera, pontuando que:

Não importa que a execução da pena, por exigir uma atividade duradoura, seja entregue a órgãos administrativos. Também a execução civil, para satisfazer ao credor plenamente, dá causa, em determinadas hipóteses, à administração forçada de um bem ou conjunto de bens, sem que por isso perca o caráter

jurisdicional.¹⁵

Quanto a esta “colaboração” de outros Poderes no exercício da função jurisdicional do Estado, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que:

as várias funções devem ser separadas e atribuídas a um órgão ou grupo de órgãos também separados entre si. Isto não significa uma equivalência total entre actividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função¹⁶. (GRIFO DO AUTOR)

No entanto, o professor português prossegue afirmando que:

embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um **núcleo essencial** caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial¹⁷. (GRIFO DO AUTOR)

Com isso, fica muito claro que o fato de o Poder Executivo ser o gestor do estabelecimento penal não determina, por si só, a natureza da tarefa desempenhada na execução penal. Sustenta-se, no presente trabalho, que o Executivo colabora para o exercício da função jurisdicional, o que é possível, pois a dimensão material da Execução Penal não pertence ao “núcleo essencial” referido por Canotilho. Esta, por sinal, é outra causa para as controvérsias acima descritas. Quando os autores defendem que a função jurisdicional visa à produção da coisa julgada e, com ela, cumpre todos os seus objetivos, estão delimitando o **núcleo essencial** da atividade, que não poderia, por hipótese alguma, ser exercido por outro órgão da soberania que não o estabelecido especialmente para tanto. Isso não impede que outras atividades, não essenciais, também integrem a função jurisdicional, e possam ser atribuídas atipicamente a outro órgão do Estado. É o caso da Execução Penal.

Canotilho explana que, na atribuição constitucional de competências aos

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. 1 ed. atualizada por José Renato Nalini e Henry Marques Dip. Campinas: Millenium, 2000.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 551-552.

¹⁷ CANOTILHO, Ob. Cit., p 553.

órgãos da soberania, além da natureza da função desempenhada e da necessidade de estabelecimento de freios e contrapesos para a limitação do Poder, existe “também um problema de justeza funcional: qual dos órgãos está, pela sua estrutura, funcionalmente mais apetrechado a cumprir determinadas tarefas?”¹⁸ Aí está a razão de se atribuir ao Poder Executivo a administração penitenciária, já que, pelos motivos acima expostos, está mais adequado ao desempenho da tarefa, mas nem por isso a execução penal deixa de integrar a função jurisdicional do Estado.

O Poder Judiciário é o conjunto de órgãos especializados na realização da atividade jurisdicional, mas pode contar com a colaboração de outros poderes em diversos momentos, quando aqueles órgãos estiverem melhor aparelhados para cumprir determinada tarefa. A fragilidade do argumento da natureza administrativa da execução penal é tão nítida que, se os estabelecimentos penais fossem órgãos do Poder Judiciário e não do Executivo (o que não é impossível), seus defensores não poderiam negar a natureza jurisdicional da atividade. Pior seria, ainda numa situação hipotética, se algumas prisões integrassem a estrutura do Poder Executivo e outras a do Poder Judiciário: diante desse quadro, os seguidores da teoria ficariam desamparados.

Assim, embora aqui se sustente que a execução penal é, por princípio, jurisdicional, reconhece-se que ela foi tida como administrativa durante quase toda a nossa história, passando, progressivamente, a ser jurisdicionalizada de fato. Por qualquer dos argumentos, seja por uma questão ontológica ou histórica, a execução penal é atividade jurisdicional e, como tal, é indelegável e irrenunciável por parte do Estado.

4. CONCLUSÕES

O estudo realizado permite concluir que a execução penal integra a função jurisdicional do Estado. A jurisdição não se encerra com a produção da coisa julgada, envolvendo também a prática dos atos de execução forçada. Esta concepção, relativamente pacífica quando diz respeito à execução civil, não é aceita com a mesma

¹⁸ CANOTILHO, Ob. Cit., p. 546.

tranqüilidade no caso da execução penal.

O que levou boa parte da doutrina a compreender a execução penal como atividade “administrativa” ou “mista” – embora admitindo que a sua natureza é idêntica à da execução civil – é uma singularidade das sentenças penais que impõem penas privativas de liberdade. O Estado, para dar cumprimento às penas de prisão, precisa manter enormes internatos com capacidade para centenas de pessoas e estes internatos (os estabelecimentos penais) tradicionalmente integram a estrutura do Poder Executivo.

Embora, na divisão dos Poderes, seja atribuída a cada um (Executivo, Legislativo e Judiciário) uma função principal, eles também exercem, atipicamente, as funções de outro, desde que estejam melhor aparelhados para tanto e não firam o núcleo essencial daquelas funções. No caso da execução penal, tem-se o Poder Executivo contribuindo para o exercício a função jurisdicional (dando cumprimento à pena), o que é admissível diante de sua melhor estrutura para manter os estabelecimentos penais e, além disso, porque este exercício não fere o núcleo essencial da jurisdição, que é a declaração definitiva do Direito numa situação de conflito de interesses, cristalizada na coisa julgada.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (coord.). **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da Jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada

Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. 1 ed. atualizada por José Renato Nalini e Henry Marques Dip. Campinas: Millenium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães . **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. “Fac-Símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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