

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ANA CLÁUDIA RIBEIRO TAVARES

**INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 534 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
ANÁLISE DA FALTA GRAVE NO CUMPRIMENTO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

MARÍLIA
2017

ANA CLÁUDIA RIBEIRO TAVARES

**INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA:
ANÁLISE DA FALTA GRAVE NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE**

Relatório parcial da dissertação de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto

MARÍLIA
2017

TAVARES, Ana Cláudia Ribeiro.

Inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da falta grave no cumprimento da pena privativa de liberdade; Tavares, Ana Cláudia Ribeiro Tavares. Orientador: Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto. Marília-SP, 2017.

147 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2017.

1. Execução Penal. 2. Estado de coisas inconstitucional. 3. Falta disciplinar. 4. Progressão de regime

CDD: 341.58

Dedico este trabalho à Sofia, filha amada e alegria da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar tudo possível.

Ao Lucca, pelo amor e companheirismo nessa jornada. Obrigada por fazer parte da minha vida.

À minha mãe, Dulcinéia, pois sem ela eu nada seria. Agradeço por ser minha eterna incentivadora, minha melhor amiga e meu suporte emocional.

Ao professor e orientador Mario Furlaneto Neto, pelos ensinamentos e especial atenção nas revisões e sugestões, fatores fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Aos professores Cláudio José Amaral Bahia e Juliano Napoleão Barros, que em muito colaboraram com suas considerações ao trabalho.

Aos meus colegas do Mestrado, que se tornaram amigos para o resto da vida.



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Ana Cláudia Ribeiro Tavares


Título: "INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DA FALTA GRAVE NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE".


Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

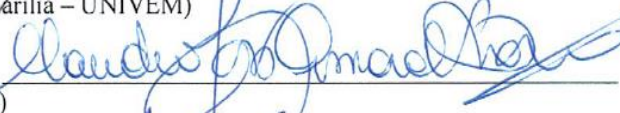
Em 02 de setembro de 2017, com início às 11:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Mário Furlaneto Neto - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Dr. Juliano Napoleão Barros (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Dr. Claudio José Amaral Bahia (Centro Universitário de Bauru - ITE), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA, com nota 10,0 (DCZ). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

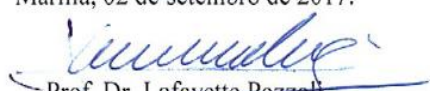
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Orientador) 
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Juliano Napoleão Barros 
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Claudio José Amaral Bahia 
(Centro Universitário de Bauru - ITE)

Mestranda: Ana Cláudia Ribeiro Tavares 

Marília, 02 de setembro de 2017.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

TAVARES, Ana Cláudia Ribeiro. **Inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da falta grave no cumprimento da pena privativa de liberdade.** 147 f. Dissertação. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

A pesquisa dedica-se à análise da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em junho de 2015, determinando que a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena. Esse entendimento, a despeito de falta de legislação nesse sentido, implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto. Diante do caótico quadro atual do sistema prisional, com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional, com a sistemática violação dos direitos fundamentais do condenado, o assunto comporta minuciosa reflexão por parte dos operadores do Direito, vez que na execução da pena privativa de liberdade devem ser observados os princípios limitadores do *jus puniendi*. Para tanto, faz-se análise da disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais, com enfoque na atuação do Poder Judiciário na execução da pena, assim como do sistema progressivo, especialmente as consequências da prática de falta grave na progressão de regime prisional. Com o emprego do método dedutivo concluiu-se que o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, a despeito dos inúmeros julgados que o embasaram, não encontra respaldo nos princípios da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena, enquanto orientadores da aplicação da pena privativa de liberdade, bem como conflita com o reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Execução Penal. Estado de coisas inconstitucional. Falta disciplinar. Progressão de regime.

TAVARES, Ana Cláudia Ribeiro. **Inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da falta grave no cumprimento da pena privativa de liberdade.** 147 f. Dissertação. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

The research is dedicated to the analysis of the Precedent 534 of the Superior Court of Justice, approved in June 2015, which determines that the practice of serious misconduct interrupts the counting of the deadline for the progression of the regime of the enforcement of the sentence. This understanding, in spite of a lack of legislation in this sense, implies an increase in the time necessary for sentenced persons to be promoted to the semi-open regime. Faced with the current chaotic framework of the prison system, with the recognition by the Federal Supreme Court of the Unconstitutional State of Things, with the systematic violation of the fundamental rights of the condemned, the subject carries a minute reflection on the part of the operators of the Law, since in the execution of the custodial sentence must observe the limiting principles of *jus puniendi*. Then, we analyze the discipline within the prisons, focusing on the Judiciary's performance in the execution of the sentence, as well as the progressive system, especially the consequences of the practice of serious misconduct in the prison regime progression. With the use of the deductive method it is concluded that the precedent of the Superior Court of Justice, in spite of the innumerable judgments that support it, does not find support in the principles of legality, proportionality and individualization of the sentence, as guiding the application of the custodial sentence as well as it conflicts with the recognized Unconstitutional State of Things of the Brazilian prison system.

Keywords: Penal execution. Unconstitutional State of Things. Disciplinary failure. Progressive sentencing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

HC – *Habeas Corpus*

LEP – Lei de Execução Penal

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

RE – Recurso Extraordinário

RIP – Regimento Interno Padrão

SAP – Secretaria da Administração Penitenciária

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS LIMITADORES DO <i>JUS PUNIENDI</i>	12
1.1 Princípio da legalidade e seus desdobramentos	15
1.2 Princípio da irretroatividade da lei penal	21
1.3 Princípio da individualização da pena.....	21
1.4 Princípio da proporcionalidade.....	23
1.5 Princípio da insignificância	24
1.6 Princípio da jurisdicionalidade	25
1.6.1 Da natureza jurídica da execução penal	26
1.7 Princípios do devido processo legal e da presunção de inocência	27
1.8 Dignidade da pessoa humana e princípio da humanidade	29
1.9 Do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional	34
CAPÍTULO 2 - DA DISCIPLINA NO SISTEMA PRISIONAL E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	47
2.1 História das penas e da progressão de regimes no Brasil	48
2.2 Fundamentos da pena e sua relação com a execução penal	56
2.3 Direitos e deveres dos presos	62
2.4 Das faltas disciplinares	66
2.4.1 Das faltas de natureza média e leve	69
2.4.2 Das faltas de natureza grave.....	74
2.5 Procedimento administrativo disciplinar	79
2.6 Das sanções administrativas	82
2.7 Do reconhecimento da decisão administrativa pelo juiz da execução.....	86
2.8 Da Prescrição da Falta Disciplinar	89
CAPÍTULO 3 - DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PELA SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	94
3.1 Ativismo judicial na execução penal	94
3.2 Da progressão e regressão de regime.....	101
3.3 Requisitos para a progressão de regime	103
3.3.1 O lapso temporal	105
3.3.2 O bom comportamento carcerário	106
3.4 A regressão de regimes e a interrupção do lapso	110
3.5 Súmulas 441 e 535 do Superior Tribunal de Justiça	115
3.6 Da violação ao princípio da legalidade.....	118
3.7 Da violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.....	129
3.8 Necessidade de cancelamento ou revisão da Súmula 534 do STJ	131
CONCLUSÕES	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça vem, desde 2008, realizando Mutirão Carcerário com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional. Desde então, os juízes percorrem os estados para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais. Os relatórios do Mutirão demonstram a total falência do sistema prisional, com a violação sistemática dos direitos dos detentos.

Por outro lado, entre 2007 e 2008 houve a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, cujos relatórios são no mesmo sentido do Mutirão feito pelo CNJ.

Diante do terrível quadro de desrespeito aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a julgar ações de repercussão geral sobre o sistema prisional. Em 09 de setembro de 2015, o STF concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, onde se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Apesar da constante violação aos direitos fundamentais do condenado, que se vê submetido a cumprir pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais superlotados e que não obedecem às exigências da Lei de Execução Penal, os Tribunais não observam essa constante violação de direitos quando se trata da questão da disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais.

O Superior Tribunal de Justiça, no dia 15 de junho de 2015, publicou a Súmula 534, com o seguinte enunciado: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

Surge a necessidade de, em se atentando aos princípios que orientam a execução da pena privativa de liberdade, entender as razões da aprovação da Súmula 534, com uma necessária análise da Lei de Execuções Penais quando trata das faltas disciplinares e dos requisitos para a progressão de regime, bem como da constitucionalidade desse enunciado, sob o enfoque dos princípios que regem o cumprimento da pena privativa de liberdade, em especial os princípios da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena.

O que se questiona é saber se o condenado que cumpre pena em regime fechado, que não foi progredido e, portanto, não será regredido, se submete ao chamado “efeito secundário da regressão”, que é a interrupção do lapso para progressão, com o reinício da contagem após a prática de falta disciplinar.

Apesar de louvável a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, seja pelo que se chama de judicialização da política ou até mesmo pelo ativismo judicial, questiona-se a possibilidade do Poder Judiciário se substituir ao legislador para criar requisito para a progressão de regime que não esteja previsto em lei.

Devido à natureza do tema, utilizou-se o método dedutivo, com investigação essencialmente em caráter bibliográfico, desde artigos doutrinários, livros, monografias, coletâneas legislativas e jurisprudenciais, periódicos especializados, visando uma análise qualitativa dos fatos referentes à legislação brasileira no que se refere à Execução Penal e às consequências das faltas disciplinares no interior dos estabelecimentos prisionais.

O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre a inconstitucionalidade da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça diante da violação dos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena, que devem ser observados na execução penal, bem como analisar a lei de execuções penais no que se refere à progressão de regime e às faltas disciplinares cometidas pelos sentenciados, abordando os reflexos das sanções disciplinares no processo de execução, sob a ótica da legislação e jurisprudência nacional.

Para melhor explicar o tema proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo serão abordados os princípios limitadores do *jus puniendi*. Serão analisados, entre outros, os princípios da legalidade e seus desdobramentos, como a taxatividade e proibição de analogia *in malam partem*, da proporcionalidade e da individualização da pena. Ainda neste capítulo, será abordada a recente declaração pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional, ante a violação sistemática de direitos fundamentais do condenado, em especial a dignidade da pessoa humana.

Na sequência, no segundo capítulo, será analisada a questão da disciplina (e indisciplina) no sistema prisional. Para tanto, será feito breve histórico das penas e da progressão de regime no Brasil. Serão analisadas as faltas disciplinares no interior dos estabelecimentos penais e do procedimento administrativo e judicial para imposição das sanções.

No terceiro e último capítulo será tratado o tema proposto, abordando a violação de princípios constitucionais pela Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça e as questões específicas sobre a progressão e regressão de regime, com as posições doutrinárias e

jurisprudenciais a favor e contra o disposto na Súmula 534, além da análise das Súmulas 341 e 535 do STJ, fazendo-se menção ao ativismo judicial na fase de execução penal.

CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIOS LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI*

O direito de punir pertence ao Estado, mas num Estado Democrático de Direito devem existir limites que resguardem os direitos fundamentais do cidadão, não podendo o Direito Penal se transformar num mero instrumento de coerção de todos à autoridade do Estado.

Esses limites são necessários uma vez que, de acordo com Busato (2013, p. 142):

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com essa agressão (prevenção, retribuição, etc.); ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita.

Assim, desde a cominação até a execução da pena, existem vários princípios que devem ser observados e que servem de limite ao *jus puniendi*, pois o direito de punir não é absoluto.

Como esclarece Busato (2013, p.143), “As barreiras de contenção à intervenção estatal se estabelecem através da adoção de uma orientação interpretativa do sistema de imputação às máximas do Estado social e democrático de Direito que se plasman em princípios”.

Os princípios são fontes formais do direito, sendo considerados normas jurídicas e, no Direito Penal e Execução Penal, servem como limitação ao poder punitivo estatal. Em decorrência do Estado Social e Democrático de Direito, os princípios, explícitos ou implícitos na Constituição Federal de 1988, orientam o legislador com a observância dos direitos humanos. (BITENCOURT, 2011, p. 40)

Os princípios, assim como as regras, são modalidades das normas, devendo ser ressaltadas duas grandes orientações doutrinárias sobre a distinção entre princípios e regras. Como esclarece Santos (2017, p. 8-9) :

uma delas, da qual decorre o entendimento dos princípios como fundamentos do ordenamento jurídico, em que se verifica que os princípios possuem as características de generalidade e abstração, o que significa que são voltados para todos e para todas as situações, envolvendo assim a subjetividade; já as regras, ao contrário, não apresentam essas características, pois são voltadas a determinadas situações e pessoas. A segunda orientação doutrinária entende

que os princípios exigem ponderação com outras normas, para sua aplicação, enquanto as regras têm sua aplicação por subsunção ao que dispõem, não permitindo a ponderação, mas sim a adequação de um fato a uma regra.

Ávila (2009, p. 78/79), sobre a distinção entre regras e princípios, esclarece que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Para Dworkin (2002, p. 39):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.

Entende Dworkin que as regras são aplicáveis segundo um modelo de *tudo-ou-nada*, ou a regra é válida e será aplicada ou não se aplica por não ser válida. Já os princípios, possuem uma dimensão de peso ou de importância e quando se inter cruzam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. (DWORKIN, 2002, p. 42)

Alexy (2010, p. 164-165), por sua vez, ressalta que:

O ponto decisivo para a distinção de regras e princípios é que princípios são *mandamentos de otimização*, enquanto regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida, tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. (...) Ao contrário, as regras são normas que sempre somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e é aplicável, então é ordenado fazer rigorosamente o que ela pede, não mais e não menos.

Para Alexy, desta forma, os princípios são suscetíveis e carentes de ponderação, que é forma de aplicação do direito característica para princípios. Já as normas, possuem como forma de aplicação do direito a subsunção. Assim, em caso de conflito de regras e colisão de

princípios, verifica-se a seguinte distinção: Se duas regras se contradizem, uma delas deverá ser considerada inválida. Se dois princípios colidem, um não invalida o outro, mas a questão se resolve pela ponderação. (ALEXY, 2010, p. 165)

Estefam (2013, p. 120-122) ressalta que hierarquicamente, os princípios são superiores às regras, pois constituem sua base e sua *ratio*. Para ele, no confronto entre uma regra e um princípio, este deve prevalecer, pois os princípios fixam padrões de justiça.

Esclarece ainda que os princípios “possuem uma eficácia impeditiva de retrocesso: uma vez sendo dada execução a uma norma constitucional, o legislador não pode voltar atrás”. (ESTEFAM, 2013, p. 122)

Nucci (2015, p. 29) entende que “todos os princípios garantistas, que regem as matérias de penal e processo penal, diretamente vinculadas aos mais relevantes valores humanos, são sempre *princípios*, na mais pura acepção, não se confundindo com meras regras ou normas”.

De qualquer forma, nosso ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, ressaltando-se, nos dizeres de Santos (2017, p. 10-11), que

Os princípios apresentam uma relação de valoração, ou seja, um “dever-ser”, o estado ideal, sendo que, em termos penais, devem orientar todo o direito penal. Já as regras possuem um aspecto definitivo de condutas que permitem ou proíbem, ou seja, o “ser”.

Queiroz e Melhor (2006, p. 10), esclarecem que a Constituição prevê no extenso artigo 5º vários princípios penais e processuais penais fundamentais limitadores do *jus puniendi* e que todos eles são aplicáveis à fase de execução penal, aduzindo que:

São fundamentais, portanto, na execução penal, haja vista que os princípios, enquanto valores fundamentais que informam a Constituição, não são apenas a lei, mas o próprio direito, em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

Sobre a graduação dos princípios, Nucci (2015, p. 30) explica que:

Compreende-se ser inadmissível a produção legislativa contrária aos princípios constitucionais, em particular quando expressos. Nos campos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.).

Como esclarece Liberati (2013, p. 55):

a supremacia da Constituição reside na vontade de seus comandos. Dela decorre a posição hierárquica superior que lhe permite reunir e integrar o sistema jurídico do Estado. Da vontade da Constituição deflui sua força; força que imprime nos comandos legais a característica da coercibilidade.

Desse modo, os princípios constitucionais devem ser respeitados pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. Embora existam outros princípios relativos ao Direito Penal e Processual Penal, optou-se por citar aqui aqueles que limitam o *jus puniendi* especificamente na fase de execução da pena privativa de liberdade.

1.1 Princípio da legalidade e seus desdobramentos

O princípio da legalidade ou da reserva legal é, sem dúvida, o mais importante dos princípios penais. Encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIX, que dispõe que: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O artigo 1º do Código Penal, do mesmo modo, estabelece que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. No âmbito internacional, há previsão do princípio da legalidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966.

O princípio da legalidade serve como verdadeira garantia do cidadão frente ao Estado em se tratando de incriminar condutas. Ferrajoli (2002, p. 76) entende que o princípio da legalidade estrita ocupa um lugar central no sistema de garantias.

Sob a ótica de Ferrajoli (2002, p. 305), o princípio da legalidade pode ser diferenciado entre mera legalidade (ou legalidade ampla) e estrita, nos seguintes termos:

O princípio da mera legalidade como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal; e o princípio da estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados.

Assim, o princípio da legalidade pode ser considerado a espinha dorsal do ‘Estado de Direito’. Através dele podemos entender que a liberdade é a regra, enquanto a restrição da liberdade é a exceção. (GRECO, 2011, p. 54)

Ensina Bitencourt (2011, p. 41) que:

a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Em matéria de direito penal, certamente a lei é a única fonte quando se pretende proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Isso deve ser aplicado não somente para a descrição dos tipos penais e cominação das penas, mas também para a fase de cumprimento das penas.

Não há dúvidas de que na execução penal o princípio da legalidade também deve ser observado. Busato (2013, p. 17) esclarece que “a pena deve executar-se na forma legalmente estabelecida”.

Segundo Estefam (2013, p. 128):

o princípio da legalidade há de ter estrita observância durante a fase de execução da pena. Afinal de contas, durante este importante período da persecução penal, o Estado satisfaz sua pretensão executória, impondo ao agente a pena aplicada. Não se poderia admitir que, depois de imposta a pena, pudesse o agente sofrer qualquer agravamento da execução penal sem a correspondente previsão em lei.

A Lei de Execução Penal expressamente adotou essa orientação, como consta na exposição de motivos, item 19, onde se vê que: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Somente a União, por meio do Congresso Nacional, pode legislar sobre Direito Penal e Processual Penal, mas há previsão constitucional (artigo 24, I) de que a competência legislativa é da União, mas concorrentemente com os Estados e Distrito Federal, quando se tratar de Direito Penitenciário, vinculada à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais, normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal e, como se verá aqui, sobre as faltas disciplinares de natureza média e leve.

Não podem os Estados, como já aconteceu, substituírem-se à União para estabelecer normas extrapolando sua competência, a exemplo das Resoluções da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo que criaram o Regime Disciplinar Diferenciado e estabeleceram punição por falta grave pelo uso de celular, em evidente ofensa ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, verifica-se posicionamento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Execução Penal nº 0034934-96.2014.8.26.0000, julgado em 03 de fevereiro de 2015, sendo Relator o Desembargador Guilherme de Souza Nucci:

Com efeito, resta patente a orientação de respeito ao Princípio da Legalidade, sendo certo que a matéria penitenciária é reserva de lei, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto (decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, dentre outros), pois seria ilegal e, via reflexa, inconstitucional, uma vez completamente alheias aos campos penal e processual penal, assim como às execuções penais.

De acordo com Busato (2013, p. 146), “as exigências que derivam da *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta*, e da *lex certa* constituem todo um referente garantista que confronta a vocação arbitrária do Estado”. E, ainda sobre o princípio da legalidade, esclarece Busato (2013, p. 146), que:

O limite formal que impõe este princípio formal condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal; isto é, influi na forma do estabelecimento da lei, dos delitos e de suas penas, de seus procedimentos e da forma de cumprimento das penas.

Estefam (2013, p. 124), aduz que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) reserva legal, lei escrita ou lei no sentido formal (*lege scripta*); c) proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*)”. Esta será a classificação que será usada para melhor explicar o princípio da legalidade.

No que se refere ao princípio da anterioridade, é certo que a decorrência lógica da legalidade é a necessidade de ser a lei incriminadora anterior ao fato. Assim, não pode ser punido o fato que, no momento da conduta, não esteja previsto em lei como crime. Da mesma forma será a pena aplicada, que também deve estar prevista no momento do fato.

Fragoso (1985, p. 94) assevera que a anterioridade prevista no artigo 1º do Código Penal é “relativa ao fato e não ao julgamento, como é óbvio”. Á época, vigorava a

Constituição de 1934, que fazia expressa referência, em seu artigo 113, §26, à anterioridade do fato: “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei *anterior ao fato*, e na forma por ela prescrita”.

Estefam (2013, p. 124) aduz que “de nada adiantaria assegurar que o direito penal se fundamenta na lei, caso esta pudesse ser elaborada *ex post facto*, isto é, depois do cometimento do fato”.

Decorrência deste princípio é a irretroatividade da lei penal prejudicial, que será tratado posteriormente.

Pelo princípio da reserva legal diz-se que é necessária lei em sentido formal. Deste modo, o direito costumeiro e a analogia são vedados no Direito Penal, exceto quando se trata de benefício para o réu, como por exemplo, para normas permissivas.

Luisi (2003, p. 21) relata que “o postulado da Reserva Legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo”.

A exigência de lei em sentido formal implica em só se permitir criminalização de condutas por lei complementar ou lei ordinária. Assim, não seriam possíveis normas incriminadoras através de resolução ou decreto legislativo. (ESTEFAM, 2013, p. 125).

O instituto da reserva legal dá ao cidadão a garantia de que o mesmo só será processado e julgado por fatos previamente definidos em lei como crimes.

Esclarece Giacomolli (2007, p. 157), que “o poder de criar, de aplicar e de executar as leis criminais está limitado pelas disposições normativas criadas pelo Poder Legislativo”. E acrescenta:

Dito de outro modo, enfatizamos que o sentido material do princípio da legalidade informa que somente o Poder Legislativo tem competência para estabelecer os elementos de uma infração criminal, quais são suas sanções e sua limitação, por meio de processo legislativo constitucional (art. 59 da CF).

Estas garantias interferem na descrição típica (garantia criminal), na delimitação da sanção (garantia penal) e em seu cumprimento (garantia de execução).

No tocante à execução penal, infelizmente, não se tem o cuidado com a reserva legal. Por exemplo, veja-se o artigo 49 da LEP, que estabelece que o legislador local especificará as faltas médias e leves. Destarte, por legislador local, deveria se entender Lei Estadual, elaborada pela Assembleia Legislativa Estadual, e sancionada pelo Governador.

No entanto, na maioria dos Estados isso não ocorre. No Estado de São Paulo as faltas médias e leves estão disciplinadas no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais, editado por Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, como se discutirá oportunamente.

Luisi (2003, p. 22-23), com propriedade ímpar, aduz que “um problema de indisfarçável relevância é o relativo à incidência do postulado da Reserva Legal nas normas disciplinadoras da execução da pena”. E, analisando a Constituição Federal de 1988, que trata de diversos aspectos concernentes ao cumprimento da pena, assevera que “todas essas indicações constitucionais estão a evidenciar que, por força de imperativos constitucionais, o postulado da Reserva Legal também atinge a execução das penas”.

Pela taxatividade exige-se que a lei seja a mais clara possível, simples e de fácil entendimento, não permitindo várias interpretações ou lacunas. Assim, não pode haver leis penais de conteúdo impreciso ou vago.

Esclarece Estefam (2013, p. 126) que “A lei penal deve ser determinada em seu conteúdo. Não se permite a construção de tipos penais excessivamente genéricos, os quais são denominados *tipos penais vagos*”.

Luisi (2003, p. 24) explica que:

[...] o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadoras, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmos contrastantes entendimentos. [...] Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessária, e indispensável para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Em se tratando de falta disciplinar de natureza grave, não há dúvidas de que o rol do artigo 50 da LEP é taxativo, ou seja, não pode ser ampliado. No entanto, a descrição das condutas que ensejam a punição deveria ser taxativa.

Verifica-se que algumas das expressões utilizadas no artigo 50 da LEP, como “incitar ou participar de movimento para subversão a ordem ou a disciplina” (inciso I), possuem conteúdo vago ou amplo. Com efeito, as condutas que podem ser assim consideradas são as mais diversas possíveis como, por exemplo, o preso que faz greve de fome

Ainda em decorrência da legalidade, há o princípio da proibição de analogia *in malam partem*. Analogia é forma de aplicação da norma legal, quando existem lacunas no ordenamento jurídico. Diante da constante transformação da sociedade o direito é, por natureza, lacunoso. Tem a analogia uma função integrativa da norma jurídica.

De acordo com Bitencourt (2011, p. 178), “analogia é processo que pretende cobrir essa lacuna, não criando uma nova lei, mas aplicando lei que discipline casos semelhantes”.

A analogia não se confunde com a interpretação analógica, que é uma espécie de interpretação extensiva. Na analogia busca-se suprir a lacuna na lei. Na interpretação busca-se a vontade da lei, procurando harmonizar o texto legal com sua finalidade, chamada *voluntas legis*. (BITENCOURT, 2011, p. 178)

Ocorre que, em se tratando de norma penal incriminadora, não é possível o uso de analogia, que só se admite quando usada *in bonam partem*. Não se pode, num Estado Democrático de Direito, violar a reserva legal agravando, de qualquer modo, a situação do indivíduo.

Como ressaltado por Estefam (2013, p. 126), “a vedação atinge somente a analogia *in malam partem*, isto é, aquela prejudicial ao agente, por criar ilícito penal ou agravar a punição dos já existentes”.

Marques (1997, p. 183) ensina que decorre da legalidade “o ilícito ser descontínuo e delimitado às hipóteses previstas na lei, pelo que não é possível a construção dogmática de figuras criminosas mediante a analogia”.

Mas não é só, pois de acordo com Greco (2011, p. 59):

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Se o fato não for expressamente previsto pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente.

De acordo com Giacomolli (2007, p. 160), a proibição da interpretação analógica prejudicial ao acusado engloba a descrição típica, a sanção, e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena, evitando-se o desvio do fim normativo.

No que diz respeito à execução das penas, utiliza-se da analogia para, por exemplo, interromper o lapso temporal da progressão ao sentenciado que comete falta disciplinar em regime fechado, por analogia aos casos de regressão de regime, como se verá adiante.

1.2. Princípio da irretroatividade da lei penal

A irretroatividade da lei penal também decorre da legalidade, uma vez que condutas que criam delitos ou, de algum modo, prejudiquem o réu, só poderão ter aplicabilidade quando anteriores ao fato.

Deste modo, como ensina Luisi (2003, p. 26), expressa a reserva legal a “exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores”.

Pela Constituição Federal, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (artigo 5º, XL).

Luisi (2003, p. 29), sobre esse dispositivo, aduz que:

A atual Constituição brasileira merece encômios por ter disposto de forma clara a retroatividade quando beneficia ao réu. Isto importa que sempre a lei penal retroage quando em favor do réu, ainda quando haja sentença com trânsito em Julgado.

A lei penal é, portanto, irretroativa, salvo quando benéfica ao réu, quando possuirá retroatividade e poderá ser aplicada a fatos pretéritos. Dispõe a LEP que compete ao juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado (artigo 66, I).

Qualquer alteração para pior só pode ser aplicada para os crimes cometidos posteriormente à alteração legislativa.

Queiroz e Melhor (2006, p. 16-17) entendem que o princípio deve ser aplicado na execução, pois deve ser preservado o caráter garantidor do princípio da legalidade e observam ser na execução da pena que se verifica, ordinariamente, maior déficit de proteção jurídica. Para estes autores, não seria possível a submissão ao regime disciplinar diferenciado de sentenciado que tivesse cometido o crime antes da edição da Lei 10.709/2003.

Certamente, a aplicação retroativa de uma norma penal mais severa tornaria inócuo o princípio da legalidade.

1.3 Princípio da individualização da pena

Por determinação constitucional, o legislador deverá atentar para a individualização da pena, nos termos dos incisos XLVI, XLVIII e L, que tratam das penas permitidas e da

necessidade de estabelecimentos adequados à idade e ao sexo do apenado, além de assegurar o direito das presidiárias a permanecerem com os filhos durante a amamentação.

Muito há que se falar sobre a individualização da pena, princípio que deve ser observado nos três momentos da aplicação da lei penal. Desde a edição das leis penais, deve o legislador se atentar à individualização. Ao cominar a pena em abstrato ao crime, já se inicia a individualização, devendo as quantidades mínima e máxima se adequarem ao crime cometido.

Na fase da aplicação da pena, deverá o juiz, por ocasião da sentença condenatória, e com base no artigo 59 do Código Penal, individualizar a pena imposta.

Nos dizeres de Souza (2006, p. 29):

o termo “individualização da pena”, empregado pela Constituição Federal (art. 5º XLVI), não se satisfaz com uma *interpretação estrita*; ao contrário, comporta a ideia de *individualização ampla*, interpretada como atividade que se desdobra em três momentos sucessivos, porém, integrados, que conjuntamente materializam o verdadeiro conteúdo do princípio da individualização, requerendo prudência redobrada dos órgãos encarregados da sua instrumentalização prática.

Interessa nesta pesquisa a terceira fase do princípio da individualização, que é a executória. Por ocasião do cumprimento da pena imposta na condenação, esta deverá ser individualizada.

Esclarece Goulart (1994, p. 102), que entre nós, de acordo com a LEP vigente, “a individualização executiva da pena é uma atividade mista ou integrada entre a autoridade administrativa e a jurisdicional”. Essa atividade integrada decorreu da jurisdicionalização da execução penal.

Diversos são os institutos de individualização na execução penal, tais como a classificação dos condenados pela Comissão Técnica, a elaboração de Exame Criminológico quando necessário, a progressão de regime e regressão de regime, bem como a possibilidade de saída temporária. O cumprimento da pena deve ser do início ao fim, individualizado.

Esclarece Nucci (2015, p. 195) que “Cada condenado deve passar pelo seu próprio processo de individualização judicial (na sentença condenatória) e de individualização executória (durante o cumprimento da pena)”.

Assim, a pena inicialmente estabelecida acaba sendo flexível, a depender do modo como o condenado se comporta durante a execução da pena, podendo inclusive ser reduzida pela concessão de remição por trabalho ou estudo e pela comutação de penas (indulto parcial).

1.4 Princípio da proporcionalidade

Pela proporcionalidade procura-se estabelecer uma relação de equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, isto é, entre o objetivo das normas e os meios utilizados para alcançá-los, sendo associado o princípio da proporcionalidade à proibição do excesso e à proibição da proteção deficiente. (ESTEFAM, 2013, p. 138-139)

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, atuando como critério determinante das restrições impostas pelo Estado a cada indivíduo.¹

Ensinam Queiroz e Melhor (2006, p. 17) que o princípio da proporcionalidade compreende, numa acepção ampla, os princípios da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Por necessidade deve ser entendido que o legislador deve escolher os meios necessários para tutelar os bens jurídicos, observando a intervenção mínima e a subsidiariedade, ou seja, só deverá atuar o direito penal, se os outros ramos do direito falharem.

Quanto à adequação, deve ser observado se a norma penal é idônea para a consecução do fim perseguido, ou seja, o princípio da adequação significa que só é lícito ao Estado, em face de seu caráter instrumental, lançar mão de meios adequados para atingir seus objetivos. Por exemplo, pode ser citada a alteração legislativa sobre porte de drogas para consumo pessoal, delito que não é mais apenado com pena privativa de liberdade, por ser inadequada.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a proporcionalidade das penas, se entende que o castigo deve guardar proporção com a gravidade do delito praticado.

Pela proporcionalidade, entende Schmidt (2007b, p. 262) que o parágrafo único do artigo 49 da LEP merece revisão constitucional, pois determina que a tentativa de falta disciplinar seja punida da mesma forma que a falta consumada, sem levar em conta o desvalor da conduta perpetrada.

¹ Há autores que asseveram que a proporcionalidade não é princípio. Para Ávila (2011, p. 173), a proporcionalidade é um postulado normativo, importante para o direito brasileiro e “serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público”, porquanto determina que o Poder Legislativo e o Poder Executivo elejam, para a concretização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Como postulado normativo aplicativo, atua como metanorma, instituindo critério de aplicação de outras normas.

Segundo Ávila (2011, p. 171), “o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”. Nisso a proporcionalidade se difere da razoabilidade, pois nesta não se faz referência a uma relação de causalidade entre meio e fim.²

A proibição do excesso, que decorre da proporcionalidade, é o que justifica a aplicação do princípio da insignificância. Em execução penal, interessante lembrar que há casos em que a punição por falta grave se mostra evidentemente excessiva, pois a sanção disciplinar e as consequências da condenação administrativa são desproporcionais à conduta faltosa do condenado, como será estudado adiante.

Em julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0251299-18.2012.8.26.0000, em 09/09/2014, o Tribunal de Justiça desclassificou uma falta de natureza grave para de natureza média, fazendo constar que “Conclusão diversa demonstra desproporcionalidade entre a conduta praticada e a punição aplicada, configurando-se, assim, excesso na execução”.

Qualquer sanção penal ou punição disciplinar deve ser, portanto, adequada, necessária e proporcional ao fato.

1.5 Princípio da insignificância

O Direito Penal tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos mais sublimes e relevantes para a sociedade. Se determinada conduta não lesar nem expor à lesão o bem jurídico protegido pela norma, esta conduta será irrelevante para o Direito Penal.

Santos (2017, p. 143-144) esclarece que não é todo e qualquer tipo de agressão que pode ser considerada ilícito penal, reclamando aplicação de uma pena, exigindo-se lesão de alguma gravidade a bem jurídico protegido.

Será irrelevante a conduta que não se revestir de tipicidade material. Significa que, formalmente, o fato pode ser típico, vez que a conduta corresponde aos elementos de um tipo penal. Mas nem por isso haverá tipicidade material, que exige real lesividade social da conduta. O princípio da insignificância, também denominado "princípio da bagatela", afasta a tipicidade material, tornando o fato atípico. Como exemplo comum cita-se o furto de valor insignificante. Existe tipicidade formal diante da conduta de subtrair coisa alheia móvel, mas não há tipicidade material pelo fato de que não há lesão significativa ao patrimônio.

² Razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos. Para Ávila, a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, destacando-se três acepções, a razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência. (2011, p. 164).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige que sejam preenchidos os seguintes critérios: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (ESTEFAM, 2013, p. 133).

Segundo Nucci (2015, p. 219):

O reconhecimento da inexistência de infração penal, quando detectada a insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado tem sido constante nos tribunais brasileiros, ainda que inexista expressa previsão legal a respeito. Aliás, tal situação merece aplauso, significando o surgimento de um questionamento razoável, em nível de interpretação, do Direito Penal.

Na execução penal também deveria ser aplicado o princípio da insignificância. Em se tratando de faltas disciplinares, por vezes o comportamento do preso pode até se amoldar ao tipo previsto para a falta disciplinar, mas se não lesarem o bem jurídico protegido, deve ser reconhecida a atipicidade.

1.6 Princípio da jurisdicionalidade

O princípio da jurisdicionalidade impõe que determinadas matérias fiquem submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Além da previsão no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal da inafastabilidade da jurisdição, a participação do juiz na execução da pena decorre também da Lei de Execução Penal.

Após a sentença condenatória, iniciada a execução penal, deverá todo o processo de execução ser submetido ao juízo da execução, cujas atribuições estão previstas na LEP.

Embora seja inquestionável a grande participação da autoridade administrativa durante o cumprimento da pena, verificou-se, com a edição da LEP em 1984 a inequívoca vontade do legislador em erigir a execução penal em uma atividade predominantemente jurisdicional. Assim, a aplicação deste princípio “se traduz em inegável garantia de proteção ao condenado, no sentido de que a atuação do juiz se estende à execução penal em toda a sua plenitude” (PRADO, et. al., 2009, p. 24).

Esclarece Mirabete (2002, p. 31) que:

tratou-se, enfim, de declarar na lei de execução a necessidade da judicialização contínua e também o princípio da *nulla poena sine processu*,

já que o processo penal é necessário pressuposto da realização e complemento do Direito Penal. Daí porque se fala no princípio de garantia individual e coletiva, segundo o qual não se admitem a aplicação e a execução da pena sem o devido processo legal (*due process of law*). É preciso que o processo de execução possibilite efetivamente ao condenado e ao Estado a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas

Em razão deste princípio, pode-se dizer que a natureza jurídica da execução penal é jurisdicional.

1.6.1 Da natureza jurídica da execução penal

Não há consenso sobre a natureza jurídica da execução penal. Souza (2006, p. 298), relata que a posição dominante é a de que a atividade executiva possui natureza jurídica mista, híbrida ou eclética, e que o ‘Direito de Execução Penal’ se desenvolve nos planos *jurisdicional* e *administrativo*, com a predominância daquele. No mesmo sentido o entendimento de Mirabete (2002, p. 17-18).

Ter natureza mista ou complexa, significa dizer que, apesar de ser cumprida em âmbito administrativo, pois os estabelecimentos prisionais estão ligados ao Poder Executivo, a execução penal está intimamente ligada ao Poder Judiciário, a quem compete zelar pela legalidade da execução da pena.

Kuehne (2006, p. 79) também ressalta a natureza mista da execução penal, pois contempla normas que repercutem no direito penal, processo penal e direito administrativo.

Marcão (2013, p. 32-33) entende que a execução penal, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve, tem natureza jurisdicional, pois o título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional, porque nela são observados os princípios processuais penais e porque todo e qualquer incidente na execução pode ser submetido à apreciação judicial.

Lopes Júnior (2007, p. 374) ressalta que “é tradicional a posição mista, que apesar de algum acerto, não soluciona o problema e tampouco se mostra mais adequada”. Isto porque, segundo ele, a matriz da LEP é jurisdicional e, se entendo a execução como um sistema, trata-se de um sistema jurisdicional e não administrativo. Assim, não há espaço para o ente administrativo presidir a execução.

Schmidt (2007b, p. 220-221) relata que diversos dispositivos da LEP pendem para a natureza administrativa da execução penal, em especial a possibilidade de aplicação do

isolamento preventivo do condenado pela autoridade administrativa. No entanto, entende ele que a natureza mista da execução não pode ser legitimada pela Constituição Federal. Portanto, a execução seria apenas jurisdicional.

Não se pode deixar de mencionar que, nos termos do artigo 66 da LEP, compete ao Juízo da Execução zelar pelo correto cumprimento da pena (inciso VI), inspecionando mensalmente os estabelecimentos penais (inciso VII), e, se for o caso, interditar o estabelecimento prisional que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência da Lei (inciso VIII).

Quer se diga que a natureza é jurisdicional, quer se diga que tenha natureza mista, é certo que a lei não pode afastar da jurisdição lesão ou ameaça de lesão a direito, razão pela qual, em se tratando de bens jurídicos como liberdade e dignidade humana, tudo o que diz respeito ao cumprimento da pena poderá ser apreciado pelo juiz da execução, a quem cabe afastar casos de excesso ou desvio (art. 66 e 185 da LEP).

1.7 Princípios do devido processo legal e da presunção de inocência

Sendo a execução penal, portanto, predominantemente jurisdicional, devem ser observados, também, os princípios processuais penais do devido processo legal, com a ampla defesa e contraditório, além da presunção de inocência.

Com a condenação transitada em julgado do acusado e, estando preso o condenado, instaura-se o necessário processo de execução, que se inicia com o cadastramento da guia de recolhimento (artigo 105 da LEP) cuja expedição é ordenada pelo juízo da condenação.

Embora não haja previsão legal, expede-se guia de recolhimento provisória nos casos, em que na sentença condenatória for decretada ou mantida a prisão preventiva. Deste modo, com a pena fixada em concreto na condenação recorrível, inicia-se a execução provisória. Nesse sentido, a determinação prevista no artigo 8º da Resolução nº 113 do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalte-se que a execução penal se inicia a despeito da presunção de inocência e, em muitos casos, o preso deixa de ser considerado provisório, embora ainda o seja. Com a sentença condenatória recorrível, o preso que estava no Centro de Detenção Provisória já pode ser removido para uma penitenciária, onde ficará juntamente com os condenados definitivos, em total contrariedade ao que dispõe o artigo 84 da LEP e o artigo 5º, item 4, do Pacto de San José da Costa Rica.

No processo de execução deverão ser asseguradas ao condenado todas as garantias do devido processo legal, em especial a ampla defesa e o contraditório.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Os pactos internacionais subscritos e adotados pelo nosso Direito Positivo também ressaltam a importância do devido processo legal. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em 1966 e promulgado pelo Governo Brasileiro através do Decreto nº. 592/92, que estabelece em suas cláusulas preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal. Do mesmo modo, o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A Lei de Execução Penal, por sua vez, estabelece nos artigos 194 a 197 o procedimento judicial, com previsão de oitiva do condenado e recurso de agravo. No artigo 112, ao tratar da progressão de regime, estabelece a LEP que a decisão será precedida de manifestação do defensor.

No tocante às faltas disciplinares, estabelece o artigo 59 que no processo disciplinar será assegurado o direito de defesa. Assim, praticada uma falta disciplinar, deve ser possibilitado o devido esclarecimento sobre os fatos durante o procedimento, em concretização do princípio do devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 165.200, tendo como Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, assim se posicionou:

A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

Nesse contexto, Lopes Júnior (2007, p. 402) entende que:

é imprescindível fortalecer a figura do apenado, através da assistência do defensor. A defesa técnica é indisponível e absolutamente necessária no processo de execução, em que o apenado está completamente fragilizado e à mercê dos abusos e excessos do Estado.

Aplica-se também na execução penal o princípio da presunção de inocência. A Constituição Federal assegura que ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória (conforme art. 5º, inciso LVII, CF/88).

Esclarece Nucci (2015, p. 334) que:

O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, porventura, for acusado da prática de outros delitos.

Deste modo, caso esteja sendo cumprida a pena privativa de liberdade e contra o sentenciado pese qualquer acusação, seja da prática de crimes ou de faltas disciplinares, deve imperar o princípio constitucional da presunção de inocência.

1.8 Dignidade da pessoa humana e princípio da humanidade

Certamente, das limitações ao poder punitivo estatal, o respeito à dignidade da pessoa humana é o mais importante na fase de execução penal.

De acordo com Bechara (2011, p. 161), “ao estabelecer valores, interesses e garantias fundamentais, a Constituição Federal não se dirige originalmente à regulação do comportamento dos cidadãos entre si, e sim ao reconhecimento de limitações fundamentais ao exercício do poder político do Estado”.

A Constituição de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III).

Como esclarece Silva (1998, p. 91), ao reconhecer a dignidade da pessoa humana, a Constituição transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, acrescentando que, “nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas”. (SILVA, 1998, p. 93)

No plano internacional, devem ser citados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592, de 6 de julho de 1992 – art. 10) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992 – art. 5º) que também proclamam o respeito à integridade física e moral dos presos.

Ainda, especificamente para a execução penal, podemos citar as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, documento adotado pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955. Em 2015 essas regras sofreram uma revisão, tendo As Nações Unidas oficializado um novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos, e passaram a chamá-las de “Regras de Mandela”. As novas regras ampliaram o respeito à dignidade dos presos, garante acesso à saúde e o direito de defesa e regula punições disciplinares como o isolamento solitário e a redução de alimentação.³

Ressalte-se que o artigo 143 da Constituição do Estado de São Paulo, sobre Política Penitenciária, estabelece que “A legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos”. Infelizmente, ainda não há legislação penitenciária estadual e não há implementação, de fato, das regras mínimas.

Sobre a validade, no plano interno, destes documentos internacionais, veja-se o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentre os princípios básicos das Regras de Mandela, deve ser citada a Regra 1, que dispõe o seguinte:

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Portanto, a dignidade inerente à condição de ser humano do preso nunca pode ser esquecida, deixada de lado ou mitigada pelo Estado.

³ Consta na apresentação do documento, feita pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça e disponível no site do CNJ que: “o novo Estatuto levou em consideração instrumentos internacionais vigentes no país, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo” Ainda, verifica-se que: “Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015, até o momento não está essa normativa repercutida em políticas públicas no país, sinalizando o quanto carece de fomento em nosso país a valorização das normas de direito internacional dos direitos humanos”.

Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. (SARLET, 2002, p. 22)

Liberati (2011, p. 25) esclarece que:

No Estado Constitucional a dignidade da pessoa humana torna-se, ao mesmo tempo, fundamento e instrumento limitador do poder público, pois ela obriga o Estado a tomar atitudes legislativas para tornar exequível a satisfação de todos os direitos fundamentais, com o fim precípua de sustentar a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, resta impedida a violação, por qualquer dos poderes do Estado, da dignidade dos indivíduos presos. E isto não se dá apenas de modo pragmático, mas de modo concreto. Veja-se:

A atividade estatal está obrigada a reger toda a sua atuação pelas normas constitucionais e toda a sua atividade deve dirigir-se à realização das metas e propósitos estabelecidos na Constituição. O poder de escolha do Estado encontra limites na própria norma que o instituiu e, primordialmente, nas normas constitucionais. Dentre estas, o princípio da dignidade humana reflete sua soberania. (LIBERATI, 2011, p. 35)

Os direitos fundamentais são considerados imprescindíveis para a satisfação integral da pessoa humana, em sua dignidade, e, desta forma, são limitadores do poder público. E a dignidade da pessoa humana deve ser tida como parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional e infraconstitucional.⁴

De acordo com Sarmiento (2016, p. 98), “o princípio da dignidade, que tem campo extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas”, mas não possui natureza absoluta, sujeitando-se a eventuais restrições e ponderações. A proibição da tortura, no entanto, é absoluta.

⁴ Diante da imperiosa necessidade de respeito à dignidade humana do preso, ainda que tenha praticado um delito considerado hediondo, não se pode aceitar as críticas feitas, por vezes, ao princípio da dignidade da pessoa humana, de que seria um coringa argumentativo também na questão penitenciária. As violações ao princípio comprovadamente existem, como se verá.

Negar o caráter absoluto da dignidade humana não significa aceitar a banalização das restrições a esse princípio. Apesar de não ser absoluta em toda a sua extensão, a dignidade humana, pela sua estatura moral e relevância ímpar em nosso sistema constitucional, deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesses, de forma que, nos casos em que esteja efetivamente presente, ela quase sempre prevaleça no confronto com outros bens e princípios. (SARMENTO, 2016, p.98)

Para Sarmento (2016, p. 97), se o princípio da dignidade humana tivesse caráter absoluto, todos aqueles que estivessem presos em condições desumanas e degradantes, teriam que ser colocados em liberdade. Como isso não é possível, se aceita a ponderação da dignidade humana dos presos com o interesse social na preservação da segurança pública.

Colnago (2013, p.33) relata que:

Ainda que louvável a introdução no ordenamento de preceitos que valorizam e efetivam a dignidade do sentenciado, a situação atual de nossas penitenciárias apresentam-se em total discrepância com os valores constitucionalmente protegidos. Delas, testemunhamos a presença ínfima de concretude quanto à defesa e a proteção do princípio da dignidade.

Savazzoni (2010, p. 33-34), esclarece que a dignidade da pessoa humana também deve sustentar a elaboração de leis penais, “de modo que sejam criadas em ampla consonância com as garantias que este princípio exprime”, ressaltando que:

A aplicação e a execução das penas, com maior razão, por serem o momento em que o apenado se verá tolhido de sua liberdade e, bem assim as normas que a disciplinam deverão ser pautadas também por este supra-princípio, considerando-se o valor da pessoa humana como um fim em si mesmo e não como um meio de se garantir a ordem social. Conclui-se, assim, que o Estado, principalmente, em fase de execução penal, há que se portar como garantidor da dignidade e não como seu violador.

A observância da dignidade da pessoa humana nos remete ao princípio da humanidade das penas, que se consagrou no direito penal com o iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, com a defesa dos direitos inerentes à condição humana e com proibição de penas degradantes.

Isto porque “o princípio da humanidade está estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, que na verdade encontra nele seu fundamento substancial último” (PRADO, et. al., 2009, p. 21-22). E completam esses autores que:

o princípio da humanidade deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na feitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 expressamente o adota, em vários dispositivos, assegurando “aos presos o respeito à integridade física ou moral” (artigo 5º, XLIX), bem como no inciso XLIX, ao proibir as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis.

Não poderia ser diferente. Sendo fundamento da Constituição Federal a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade é importante limitação ao direito de punir do Estado, vedando principalmente a pena de morte e a prisão perpétua.

Para Nucci (2015, p. 174) este princípio significa, “acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte”. Assim, o Estado não pode assumir um papel de vilania ao pretender aplicar uma pena maldosa, com conotações de vingança.

Nucci (2015, p. 175) aduz ainda que:

Respeita-se, por óbvio, eventual sentimento inferior de vingança e rancor subsistente na vítima do crime ou em seus familiares ou amigos. Entretanto, o Estado, por seus agentes constituídos, deve atuar com imparcialidade, aplicando as leis de maneira justa e equilibrada, com o fim de demonstrar a sua superioridade no universo da aplicação de sanções às infrações cometidas.

A lei de execução penal proíbe o emprego de celas escuras e prevê as condições mínimas de higiene e salubridade, e, ainda, mesmo em se tratando de sanção disciplinar, estas não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado (artigo 45, §1º e 2º da LEP).

Bitencourt (2011, p. 47), ao discorrer sobre esse princípio, ressalta que:

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

Infelizmente, o que se verifica no sistema prisional é a completa violação ao princípio da humanidade. O Poder Executivo, representado pelas Secretarias Estaduais de

Administração Penitenciária, constantemente viola os direitos dos presos, não se podendo esquecer que o Poder Judiciário, em muitas situações, deixa a desejar em sua atuação.

Nesse sentido foi o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, chamada de CPI Carcerária (2009):

o sistema punitivo e repressivo expressa uma situação de descontrole por parte das autoridades responsáveis, seja a nível das Secretarias de Governo, seja a nível do Sistema Judiciário propiciando a perpetuação de uma lógica interna nos estabelecimentos, que penaliza tanto funcionários como presos, ainda que estes participem e reproduzam esta lógica desumana e violenta.

O fato é que os presos não perdem os direitos que não foram atingidos pela condenação e possuem a dignidade inerente à condição de seres humanos, que deve ser zelada pelo Poder Público, ressaltando-se que o princípio da dignidade humana deve orientar toda ação estatal, inclusive por determinação constitucional, ainda que se trate de uma minoria repudiada pela sociedade.

No entanto, o que se verifica é a sistemática violação da dignidade humana dos presos, como recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional.

1.9 Do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional

O Mutirão Carcerário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2008, tem por objetivo garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional. Os relatórios do Mutirão, decorrentes de inspeções feitas nas unidades prisionais de todo o país, demonstram a total falência do sistema prisional, com a violação sistemática dos direitos dos detentos.

Por outro lado, entre 2007 e 2008 houve a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, cujos relatórios são no mesmo sentido do Mutirão feito pelo CNJ.

Todos os relatórios sobre o sistema prisional apontam para um verdadeiro colapso. Estranhamente, a população em geral, quase em consenso, não se mostra preocupada com a situação, como se os presos “merecessem” o tratamento indigno que lhes é dispensado pelo Estado. Esquecem os incautos que, uma vez que não existe no Brasil nem a pena de morte nem a prisão perpétua, estes condenados cedo ou tarde retornam para o convívio social e, certamente, estarão piores do que quando foram detidos.

No relatório elaborado pela CPI Carcerária, em 2009, sobre as condições do sistema prisional brasileiro foi constatado que, em todos os Estados da Federação existe um verdadeiro show de horrores. Foram registradas violações gravíssimas à dignidade humana.

Entre os direitos fundamentais, nos interessa o disposto no Art. 5º, XLIX da Constituição Federal, que assim dispõe: “é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral”.

Este direito, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é sistematicamente violado pelo Estado quando se trata das pessoas que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade. Todos os relatórios apontam nesse sentido. Citam-se como exemplo as prisões superlotadas e sem condições básicas de higiene e salubridade.

O Conselho Nacional de Justiça publicou em 2012 um Raio-X do sistema penitenciário brasileiro, mostrando “uma realidade perversa”, como mencionado pelo Ministro Cesar Peluso na apresentação:

(...) Esta publicação, fruto do intenso trabalho dos chamados Mutirões Carcerários levados a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ há quase quatro anos, argui-nos a consciência e, à vista de cenas da perversa realidade prisional brasileira, reafirma a necessidade de urgente e profunda reforma das prisões e do sistema de justiça criminal como um todo, para remediar as condições pessoais e as estruturas físicas de encarceramento, bem como de prover os recursos humanos indispensáveis, como requisitos de possibilidade de reabilitação e reinserção dos habitantes desse universo. Doutro modo, perpetuar-se-á a lamentável situação retratada, em que pessoas que cumprem condenações perdem, não apenas a liberdade, mas, sobretudo, as perspectivas de retomada de vida condigna e socialmente útil, quando a Constituição da República convida todos a construir uma sociedade justa e solidária, enraizada no respeito à dignidade da pessoa humana (CNJ, 2012, p. 9)

A leitura do livro “Mutirão Carcerário” deveria ser obrigatória para todos os operadores do direito na área criminal. Com 192 páginas e inúmeras fotos, a publicação, disponível no *site* do CNJ, retrata com fidelidade o estado em que se encontram as prisões de todo o Brasil, dividido em cinco grandes regiões.

Os problemas encontrados foram diferentes, a depender de cada Estado, mas a conclusão para todos é a mesma, de que não há respeito à dignidade da pessoa humana.

Na grande maioria das unidades prisionais, os presos estão amontoados em condições insalubres, muitos dormem no chão, nos banheiros, sem trabalho e sem condições mínimas de sobrevivência digna.

Para cada Estado, o CNJ fez uma análise pontual, com fotos que demonstram e comprovam o caos do sistema, além do relato dos juízes que inspecionaram pessoalmente as unidades prisionais. Cita-se apenas alguns:

AMAZONAS

No sistema prisional, faltam 1.964 vagas, enquanto 60% da população carcerária são pessoas que aguardam presas o julgamento de seus processos. O déficit de vagas e a quantidade de presos provisórios no Amazonas estão entre os mais altos do país. Em Coari, a equipe do Mutirão encontrou um presídio nos fundos de uma escola. Em Tefé, foram identificadas celas sem chuveiro no porão de um antigo prédio residencial improvisado como prisão. “Os presos tomam banho com a água que corre ininterruptamente de um cano para dentro de um tonel”, relatou o magistrado. À noite e nos finais de semana, os agentes penitenciários trancam os presos e levam as chaves das celas para casa, o que aumenta as chances de uma tragédia. (CNJ, 2012, p. 27)

MATO GROSSO

“Bombas-relógio” e “depósitos humanos” são os adjetivos utilizados pelo juiz coordenador do Mutirão Carcerário do CNJ realizado em Mato Grosso, Luís Geraldo Lanfredi, para classificar o sistema prisional do Estado, dada a falta de condições mínimas de “salubridade, higiene e segurança”. No Presídio Central do Estado e no Centro de Ressocialização de Cuiabá, a equipe da força-tarefa condenou a existência de celas-contêineres “absolutamente inadequadas”, em que os internos sofriam com o calor e o frio cuiabanos, ambos extremos. (CNJ, 2012, p. 131)

ESPÍRITO SANTO

Pessoas enjauladas como animais dentro de celas metálicas sem ventilação e submetidas a calor excessivo. A situação degradante imposta a presos do Espírito Santo e revelada pelo Mutirão Carcerário do CNJ chocou o País, levando o Brasil a ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Graças ao trabalho do Mutirão, esse cenário é hoje página virada na história capixaba. (CNJ, 2012, p. 141)

SÃO PAULO

A insalubridade generalizada representa risco permanente à saúde da população carcerária paulista. No Centro de Detenção Provisória I de Guarulhos, não havia médicos ou dentistas, apesar de 68 presos estarem doentes no dia da inspeção. O consultório médico estava interditado por causa de infiltrações e o gabinete odontológico, completamente alagado, conforme relatou a equipe.

Os juízes que coordenaram o Mutirão criticaram as condições estruturais de muitas unidades. “Percebe-se a quase inexistência de reformas e manutenção nos presídios, alguns margeando o estado de ruínas”, afirmou o juiz Paulo Irion. No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros I, as janelas foram substituídas por concreto, bloqueando as entradas que serviriam para fazer o ar circular nas celas. (CNJ, 2012, p. 165)

PARANÁ

O contraste se repete na capital paranaense. No 12º Distrito Policial, o Mutirão encontrou 30 presos em uma cela com capacidade para apenas

quatro pessoas, sem chuveiro e com apenas um vaso sanitário. Os detentos são obrigados a tomar banho de torneira, a comida muitas vezes chega azeda e o frio, característico no inverno paranaense, faz com que os presos durmam juntos para se esquentarem. A falta de estrutura leva alguns detentos a utilizarem as próprias meias como coador de café. (CNJ, 2012, p. 175)

Verificou-se que em todos os Estados da Federação os preceitos constitucionais e os dispositivos da LEP são sistematicamente descumpridos.

De acordo com Vaz (2017),

Como garantir respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX) ou evitar que tenha tratamento desumano e degradante (CF, art. 5º, III) nesse quadro de superlotação? Como esperar que, em tais condições desumanas e degradantes, por si só atentatórias à dignidade do detento sob todos os aspectos, seja a prisão capaz de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, como prevê o artigo 1º da Lei de Execução Penal?

Barcelos (2010), em artigo sobre as condições das prisões, esclarece que, infelizmente, “No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção”.

Wacquant (2001, p. 09), na introdução à edição brasileira do livro “As prisões da miséria”, afirma que:

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula, com efeito, as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos públicos.

Ao lado do trabalho realizado pelo CNJ, o Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), faz o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), que é atualizado periodicamente com os dados repassados pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.

Além de informações sobre o perfil da população carcerária brasileira, o sistema sintetiza dados agregados sobre infraestrutura e serviços dos estabelecimentos penais e recursos humanos empregados na administração prisional.

Restou claro pelo relatório de 2014 que o Brasil vivencia uma tendência de aumento das taxas de encarceramento em níveis preocupantes. O país, em 2014, ultrapassou a marca de 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, chegando a uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes.

Com esse contingente, o país é a quarta nação com maior número absoluto de presos no mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Contudo, ao passo que esses países estão reduzindo as suas taxas de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue em trajetória diametralmente oposta, incrementando sua população prisional na ordem de 7% ao ano, aproximadamente.

Constatou-se que o ritmo de crescimento do encarceramento entre as mulheres é ainda sensivelmente mais acelerado, da ordem de 10,7% ao ano, saltando de 12.925 mulheres privadas de liberdade em 2005 para a marca de 33.793, registrada em dezembro de 2014.

Ainda segundo a pesquisa do Departamento Penitenciário Nacional (2015):

Ao analisar o gráfico, a informação que se destaca é a proporção de pessoas negras presas: dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%) 40. Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina.

(...)

De acordo com as informações levantadas, existem 1.575 pessoas privadas de liberdade com deficiência. Esse valor corresponde a 0,8% do total da população das unidades que tiveram condições de informar esse dado. Em mais da metade dos casos (54%), a natureza da deficiência é intelectual. Segundo dados do IBGE, cerca de 24% da população brasileira tem pelo menos uma das deficiências investigadas.

(...)

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo.

Como evidencia a figura 42, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32%45 da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%).

Pelo que se verifica no relatório, a maioria dos presos é negra e possui baixa escolaridade. Como ressaltado por Sbardelotto (2001, p.92), “o Direito Penal estabelecido em nosso país não se coaduna com as aspirações da moderna criminologia crítica, na medida em que é desigual, discriminatório, protetor das camadas sociais dominantes em detrimento da sobrecarga imposta à criminalidade clássica”.

Constata-se, como afirma Wacquant (2001, p. 8), que “o tratamento social da miséria e seus correlatos e seu tratamento penal coloca-se em termos particularmente cruciais” no Brasil. E acrescenta:

Os habitantes das cidades em decadência serão beneficiados com um esforço suplementar de encarceramento por parte do Estado: uma política de “ação afirmativa” a respeito da prisão que, se não se aproxima pela amplitude, não é muito diferente em seu princípio e suas modalidades daquela que atinge os negros do gueto dos Estados Unidos. À “terrível miséria” dos bairros deserdados, o Estado responderá não com um fortalecimento de seu compromisso social, mas com um endurecimento de sua intervenção penal. À violência da exclusão econômica, ele oporá a violência da exclusão carcerária. (WACQUANT, 2001, p.74)

Entre os inúmeros problemas, sem sombra de dúvidas, a superlotação é o maior deles. Não há possibilidade de se atingir um ideal ressocializador onde não são assegurados os mínimos direitos dos condenados. O déficit de vagas ultrapassa o número de 250 mil, como se vê no último levantamento nacional do INFOPEN:

PESSOAS PRIVADAS DA LIBERDADE NO BRASIL EM DEZEMBRO DE 2014, DE ACORDO COM O INFOPEN (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS)

Brasil em dezembro de 2014 ⁴	
População prisional	622.202
Sistema Penitenciário estadual	584.758
Secretarias de Segurança / Carceragens de delegacias	37.444
Sistema Penitenciário Federal	397
Vagas	371.884
Déficit de vagas	250.318
Taxa de ocupação	167%
Taxa de aprisionamento	306,22

Fonte: Infopen, dez/2014; Senasp; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014.

O Conselho Nacional de Justiça, em fevereiro de 2017, divulgou novos dados sobre a população prisional, em levantamento feito junto aos Tribunais de Justiça dos Estados para dar celeridade no julgamento dos processos dos presos provisórios, onde se vê o seguinte diagnóstico (CNJ, 2017, web):

Total de presos no Brasil: 654.372

Total de provisórios: 221.054

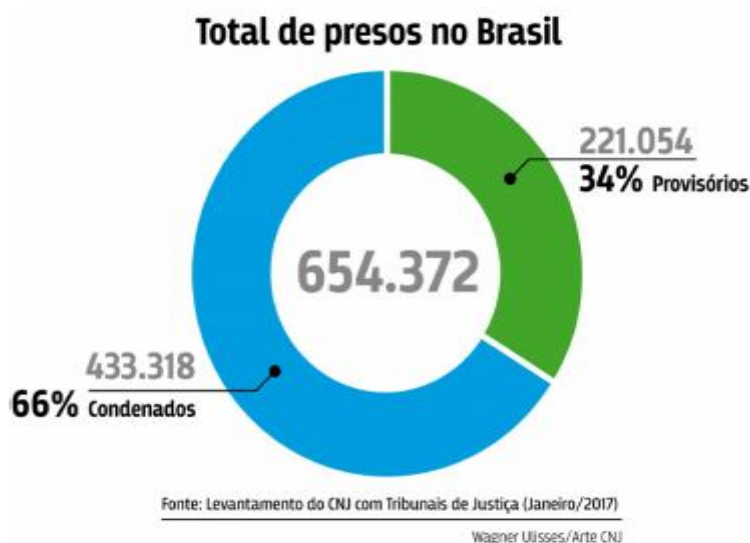
Total de processos de competência do Tribunal do Júri envolvendo réus presos (crimes dolosos contra a vida): 31.610

O percentual de presos provisórios por Unidade da Federação oscila entre 15% a 82%;

De 27% a 69% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 180 dias;

O tempo médio da prisão provisória, no momento do levantamento, variava de 172 dias a 974 dias;

Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.



Pelos dados fornecidos pelo CNJ, a população prisional, que era 622.200 em dezembro de 2014 foi para 654.372 em janeiro de 2017.

Diante deste terrível quadro de desrespeito aos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a julgar ações de repercussão geral sobre o sistema prisional.

Em 13 de agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 592.581, decidindo que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. De acordo com o julgado, fixou-se a tese de que “É lícito ao Judiciário impor à

administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral”. (STF, 2015)

Em 27/08/2015, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), de relatoria do ministro Marco Aurélio. O requerente, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pede que seja reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Na petição inicial da ADPF 347, após o relato do caótico estado do sistema prisional, demonstrou-se a incompatibilidade com a Constituição Federal:

Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.

O STF concedeu, em 09 de setembro de 2015, parcialmente a cautelar solicitada na ADPF 347, determinando aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Por maioria dos votos, a Corte acolheu a proposta do ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional.

O Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF 347, no voto proferido em 11/11/2015 (p. 21), esclareceu que:

Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de

pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

Em seu voto na ADPF 347 (p. 58), o Ministro Edson Fachin aduziu que:

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca. A pergunta a ser feita é se o ordenamento jurídico pátrio permite esta recolocação do condenado na sociedade e sua consequente ressocialização ou se funciona eminentemente como fator de marginalização, tendo em vista que a situação de precariedade dos estabelecimentos penais fomenta a escola do crime.

Foi determinado pelo STF aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Com isso, pretende-se que nas audiências de custódia seja analisada a imprescindibilidade da prisão preventiva, com a concessão de liberdade provisória quando for o caso. Deve ser observado que existem medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal que, em muitos casos, seriam suficientes para assegurar a aplicação da lei penal.

Embora o Código de Processo Penal tenha sido alterado em 2011, possibilitando uma redução do número de presos provisórios, que ficariam sujeitos às medidas cautelares, não se viu resultado prático dessa mudança.

Após essa determinação, já se verificou um grande aumento das audiências de custódia, que haviam sido implantadas em fevereiro de 2015. Conforme informações no site do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se um mapa da implantação das audiências pelo Brasil. Até abril de 2017, o total de audiências no país foi de 229.634, sendo que em 45,15% dos casos resultaram em liberdade. Apenas no Estado de São Paulo, 48.098 audiências de custódia foram realizadas entre 24/02/2015 a 30/04/2017. Destas, 47,65% resultaram na concessão de liberdade provisória.

Com a realização de audiências de custódia em todos os casos de prisão em flagrante, espera-se uma redução no número de presos provisórios, que foi sempre tão alarmante.

Pelos dados dos relatórios da CPI carcerária e do Mutirão do CNJ, é expressivo o número de presos sem que haja condenação em definitivo. Atualmente, cerca de 40% (quarenta por cento) da população carcerária do país é formada por presos que não possuem condenação com trânsito em julgado e estão presos em razão de prisão preventiva. Em alguns Estados do Nordeste, esse número chega a 80%. (CNJ, 2017, web)

E os presos provisórios talvez sejam aqueles que mais têm seus direitos desrespeitados. Embora tenham presunção constitucional de inocência, são os que ficam detidos nos piores tipos de estabelecimento prisional. Os Centros de Detenção Provisória estão todos superlotados. Muitos presos não possuem lugar para dormir, ficam amontoados, sem possibilidade de trabalhar ou estudar, enquanto aguardam, às vezes por anos, o trânsito em julgado de eventual condenação. Diz-se eventual condenação porque, obviamente, podem ser absolvidos em primeira instância ou em sede de apelação, após longo período de encarceramento.

Assim, os Ministros do STF reconheceram o "Estado de Coisas Inconstitucional", medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário.

Lazari e Pires (2017, p. 8) citam que nos casos em que foi reconhecido o ECI na Corte Colombiana, pontos em comum partiram da existência de três requisitos:

i) o primeiro deles, a existência de verdadeiro litígio estrutural envolvendo a questão submetida à apreciação judicial, não bastando, portanto, a mera proteção ineficiente para o reconhecimento do ECI; ii) o segundo deles, um contexto de massiva violação de direitos fundamentais, não bastando, pois, pontuais afrontas para que o instituto se materialize (é claro que violações a direitos fundamentais importam a necessidade de movimentação do aparato estatal a fim de que estas cessem, afinal, a compreensão dos destinatários das normas constitucionais é individualizada; desrespeitos pontuais e casuísticos, contudo, não ensejam a inconstitucionalidade generalizada de um Estado de Coisas); iii) o terceiro deles, a deliberada omissão dos Poderes Públicos em fazer cessar o contexto estrutural de massiva violação de direitos (deste modo, caso fique demonstrado que as autoridades que compõem a Administração Pública estão atuando proativamente em prol da resolução do problema, de modo que esta somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente público, não restará caracterizada omissão suficiente a ensejar Estado de Coisas Inconstitucional).

Para Campos (2015, web), são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:

a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;

a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Sarlet (2017), sobre a decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, aduziu que:

Nesse sentido, a despeito das críticas veiculadas, o Supremo Tribunal Federal tem buscado dar a sua contribuição, tanto por declarar a existência de um estado de coisas inconstitucional como enunciando um conjunto de medidas direcionadas a enfrentar o problema, ao menos quanto a alguns dos seus aspectos. Tal decisão, que, a exemplo de precedentes norte-americanos sobre o tema tem sido chamada de estruturante, embora de modo necessário e adequado demarque a posição da nossa mais alta corte, carece de integração e concretização pelos demais atores estatais e as demais instâncias judiciárias, que, contudo, passam — pelo menos assim o deveriam! — a ter o ônus político-institucional mais elevado de justificar-se no que diz com o cumprimento (ou descumprimento) dos seus respectivos papéis.

Deve ser ressaltado que as normas constitucionais sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade têm sido desrespeitadas sistematicamente. A Constituição, por possuir força normativa, é dotada de efetividade e aplicabilidade imediata. Como esclarece Liberati (2013, p. 58), “no choque com a realidade, deve prevalecer o texto constitucional, não devendo ceder espaço para influência do embate de poder que circunda a sociedade, fazendo assim prevalecer o caráter de efetividade normativa de seus dispositivos”.

Lazari e Pires (2017, p. 12) advertem:

Dessa maneira, em se tratando de direitos fundamentais, faz-se mister que todos os atores dos Poderes Públicos (Juízes, Promotores, Advogados, Serventuários, Deputados, Senadores, Governadores, Presidente, Ministros etc.) estejam dispostos a dar vida aos mandamentos constitucionais, a fim de que o Estado de Coisas Inconstitucional seja finalmente superado, bem como devidamente reconhecidos os direitos fundamentais da pessoa humana.

E concluem Lazari e Pires (2017, p. 13):

Assim, necessária se faz a atuação do Poder Judiciário no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, não como expressão da supremacia judicial, tampouco de um ativismo desmedido, mas como forma de tornar os Poderes Republicanos, mais do que independentes e harmônicos, *cooperativos* entre si, razão pela qual urge a necessária mudança de comportamento dos atores do Poder Público brasileiro para que se torne possível alcançar no máximo possível, os objetivos fundamentais da República insculpidos na Constituição de 1988.

O Conselho Nacional do Ministério Público (2016, p. 32) entende que:

Refletindo-se de forma crítica a respeito do estado de coisas inconstitucional, pode-se chegar à conclusão de que o descaso representa justamente a ausência de interesse político na questão. Infelizmente, impera uma visão distorcida a respeito do tema, tratando-se de pauta não positiva sob o ângulo político. Basta observar o constrangimento com que agentes públicos anunciam investimentos no sistema prisional, chegando ao ponto de se afirmar que gostariam de inaugurar escolas ou hospitais, apresentando escusas à população por estarem destinando esforços e dinheiro público para esse segmento.

Passados 05 anos do relatório feito pelo Mutirão Carcerário, não se tem notícia de grandes mudanças no quadro prisional. Ao contrário, para exemplificar o caos atual do sistema prisional, pode ser citada a rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, ocorrida no primeiro dia do ano de 2017, que resultou na morte de 56 presos e ficou conhecida como o “Massacre de Manaus”, ficando atrás apenas do “Massacre do Carandiru”, que totalizou 111 mortos. (Alessi, 2017, web)

Apesar de ter sido divulgado que se tratou de uma briga entre de facções criminosas, não restaram dúvidas de que essa recente tragédia comprova, na realidade, a incapacidade do Estado em assegurar o cumprimento da pena respeitando os princípios constitucionais.

A Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, em artigo publicado em 05/01/2017 no *site* do Tribunal, afirmou que era uma tragédia anunciada.

Segundo Vaz (2017)

Notícia a imprensa que as péssimas condições em que os presos eram mantidos no Compaj já haviam sido objeto de alerta desde muito antes da rebelião, bem como a circunstância de que as autoridades não tinham o menor controle sobre o que se passava ali dentro. Tal situação se repete como regra no sistema penitenciário brasileiro, cuja população internada passa de 600 mil pessoas (622.202, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, do Ministério da Justiça, relativo a dezembro de 2014).

E acrescenta:

A situação sugere, portanto, ações imediatas em busca do saneamento das inúmeras falhas do sistema prisional brasileiro, que refletem diretamente na grave crise da segurança pública do país. O Poder Executivo, estadual e federal, precisa encontrar meios de equacionar o problema, que não é isolado. Há outras tantas ações atrasadas em áreas tão importantes quanto a segurança pública, o que acaba tornando a questão mais complicada.

Passa-se, então, a discorrer sobre a disciplina no sistema prisional, para se analisar as consequências da falta disciplinar, sem que se esqueça do contexto de violação da dignidade humana em que estão inseridos os condenados.

CAPÍTULO 2 - DA DISCIPLINA NO SISTEMA PRISIONAL E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de adentrar nas questões sobre a disciplina no sistema prisional, e, especificamente, sobre as faltas disciplinares e suas consequências, faremos necessárias considerações sobre a evolução da pena e dos regimes prisionais no Brasil.

2.1 História das penas e da progressão de regimes no Brasil

A história das penas no Brasil em muito se diferencia da história dos povos europeus. Isto porque, de acordo com Tavares (2013, p. 32):

Quando da colonização por Portugal, a população que habitava o país constituía-se de uma grande variedade de povos, denominados genericamente pelos portugueses como “índios”. No entanto, com a subjugação do povo indígena, seus costumes e a cultura foram deixados de lado pelos colonizadores.

Nesse contexto, como relata Bruno (1967, p. 169), as práticas punitivas desses povos em nada influíram em nossa legislação penal, uma vez que os invasores tinham estilo de vida política muito mais avançada.

Apesar disso, Dotti (1998, p. 44) menciona que entre os povos indígenas foram utilizados expedientes na forma do talião, vingança do sangue (executada pelo representante da vítima ou pelo próprio grupo) e medidas equivalentes à perda da paz, sendo que a pena de morte era comumente aplicada através do tacape, veneno ou sepultamento. A evolução desses costumes foi interrompida pela colonização, prevalecendo às regras dos invasores.

Observe-se que a chegada dos portugueses ao Brasil, em 1500, se deu no início da idade moderna, mas não se pode deixar de fazer breves considerações sobre as penas na antiguidade e na idade média.

Bitencourt (2001, p. 04) esclarece que na idade antiga não havia privação da liberdade como sanção penal. O encarceramento dos delinquentes não tinha caráter de pena, e sim, era considerado uma espécie de antessala de suplícios, onde se aguardava o julgamento ou execução.

Assim, na antiguidade, predominou a pena de morte como principal sanção, embora desde então se tenham notícias da aplicação de trabalhos forçados. No Egito, além da pena de

morte, eram aplicadas penas de mutilação, desterro, confisco, escravidão e trabalho forçado nas minas, como esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 183).

Na idade média, a privação da liberdade continua a ter finalidade custodial, sendo o réu submetido aos castigos e sofrimentos corporais mais cruéis, como amputação de membros, mutilação e morte. (NEUMAN, 1971, p. 29).

Sica (2002, p. 41) lembra que o sistema penal, da Idade Média até o iluminismo, foi orientado pelo ideário do terror e da intimidação, sendo que a relação castigo-corpo era a base do Direito Penal. De acordo com esse autor:

As penas pecuniárias que, principalmente na Baixa Idade Média, constituíram-se em pena principal (sistema de fianças), ligadas ao surgimento do capitalismo e do mercantilismo também merecem especial destaque, sobretudo por revelar, naquele momento, os fins de ‘baixa política criminal’ que norteavam a evolução das penas. Em síntese, quem podia pagar não era preso, pois a prisão constituía substitutivo da pena pecuniária, na época em que a prisão tinha caráter precipuamente cautelar, quando muito substituição à multa ou aos castigos e à morte.

Na Idade Média surgiu a prisão de Estado, onde se recolhiam os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. (BITENCOURT, 2001, p. 9).

Relata Neuman (1971, p. 29) que não havia a noção de liberdade e o respeito à individualização humana. Os detentores do poder não se importavam com a pessoa dos réus, sua sorte ou a forma em que eram encarcerados. As prisões de Estado não tinham arquitetura adequada, pois eram estabelecidas em prédios com outras destinações iniciais como a Torre de Londres, a Bastilha, em Paris e o Palácio Ducal de Veneza (que ficou conhecido como a Ponte dos Suspiros).

Considerada pena criminal propriamente dita, a pena de prisão pertence aos tempos modernos, embora a igreja usasse, no século V, as prisões eclesiásticas, que se diferenciavam da prisão-custódia muito utilizadas na idade média.

Foucault (2000), em seu livro “Vigiar e Punir”, mostrou a evolução de um sistema penal cuja finalidade era a aplicação da pena corporal ou aflitiva, para um sistema onde a principal pena é a privativa de liberdade. Dizia Foucault que o sofrimento não era mais o do corpo, mas sim o da alma.

Feitas essas considerações, inicia-se, então, a história das penas no Brasil com as mesmas normas jurídicas dos portugueses, que prevaleceram, quanto ao direito penal, até o Código Criminal de 1830.

Durante o período de colonização, vigoraram as Ordenações do Reino: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Tanto as Ordenações Afonsinas, como as Manuelinas tratavam no livro V da parte criminal, sendo que “a privação da liberdade era utilizada apenas para garantir o julgamento ou como meio coercitivo no pagamento da pena pecuniária”. (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, 2002, p. 39).

As Ordenações Afonsinas, que prevaleceram até 1521, tiveram pouca aplicação no Brasil, mas eram de grande importância para o direito português. Esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 202) que “o legislador não teve em vista os fins das penas e sua proporção com a gravidade do delito, e, sim, conter os homens por meio do terror e do sangue”.

Siqueira (1947, p. 742) relata que:

A partir do século XVI, a pena, que revestia o caráter fundamental da intimidação, com todo esse requinte de crueldade de que foi fértil a imaginação, mudou de aspecto, tomando a forma de trabalho forçado ou de servidão penal em proveito do Estado, devido especialmente à nova situação econômica trazida pelas descobertas e extensão das relações comerciais, e de outro lado o sempre crescente número de aventureiros vivendo de expedientes e vagabundagem, patenteavam que as crueldades, a que se submetiam os delinquentes, não impediam o desenvolvimento da criminalidade, e que representavam eles forças aproveitáveis na nova ordem de coisas. Daí a transportação para o trabalho no exterior e a criação de casas de força ou correção para o interior.

As Ordenações Manuelinas foram efetivamente a legislação do início do regime colonial, embora esclareça Bruno (1967, p. 172) que não era fácil o ajustamento rigoroso às leis da metrópole, tendo em vista que as pessoas, nas condições primitivas das colônias, estavam mais cheias de ambições do que preocupações jurídicas ou morais.

Além disso, o Brasil foi dividido em capitanias hereditárias e os donatários eram quem, na prática, arbitrariamente impunham regras jurídicas, uma vez que, pelas cartas de doação, tinham poderes quase absolutos, inclusive para condenar à morte.

Como esclarece Fragoso (1985, p. 59), essa situação impedia a aplicação das Ordenações, “pela ausência de poder público juridicamente limitado e de um mínimo de organização repressiva”.

Por essa razão, Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 210) afirmam, “com absoluta certeza, que dentre as três Ordenações do Reino, só as Filipinas tiveram efetiva aplicação no nosso país”.

As Ordenações Filipinas passaram a vigorar em 1603 e tratava das leis penais e do processo penal em seu livro V.

A pena de morte era a mais comum e aplicada a um grande número de delitos e executada com requintes de crueldade como: enforcamento, fogo, morte precedida de tormentos ao arbítrio do juiz, além das penas de mutilações, marca de fogo, açoites, entre outras crueldades comuns naquela época. A tortura era empregada amplamente, para obter confissões. (BRUNO, 1967, p. 174).

Essa legislação se baseava na ideia da intimidação pelo terror e, de acordo com Fragoso (1985, p. 59), “a legislação penal do livro V era realmente terrível”. Mas esse rigor, para não dizer terror, não era exclusividade das Ordenações Filipinas, pois estas apenas acompanhavam a legislação penal da época.

Foi contra esse tipo de legislação que se insurgiu Beccaria, contra a pena de morte, contra a tortura, contra os julgamentos secretos, etc. Defendeu o princípio da igualdade, pelo fim das diferenças de julgamentos entre ricos e pobres, bem como a proporção entre o delito e a pena (BECCARIA, 1997).

Beccaria, em 1764, ao lançar o livro “Dos delitos e das penas”, contribuiu para o processo de humanização da pena. Ainda nos dias de hoje sua opinião sobre a “brandura das penas” deve ser levada em consideração quando diz que um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade. Isto é, não basta cominar penas severas, é preciso aplicá-las com certeza, evitando-se a impunidade. Mais vale a certeza de um castigo brando do que a esperança de sair impune de uma pena severa. (BECCARIA, 1997, p. 88)

As Ordenações Filipinas permanecerem em vigor até o Código Criminal de 1830. Entre as penas, havia a previsão de “degredo” de Portugal ao Brasil e à África, executados com a pena de trabalhos forçados nas galés. (RIOS, 1994, p. 28).

Tavares (2013, p. 34), relata que:

Não se pode esquecer que o Brasil, desde a chegada dos primeiros colonos até o ano de 1888, foi uma sociedade escravista. Os europeus que para cá se deslocavam só sobreviviam se possuíssem um escravo para lhe garantir o sustento (caça, pesca). Com a posse das terras, usaram os índios como escravos e, depois, os negros.

Dessa forma, não se podia, naquela época, aplicar-se aos condenados brasileiros os princípios de reeducação que já estavam sendo aplicados nos cárceres da Europa – que partia para a revolução industrial enquanto no Brasil se iniciava a colonização.

Com a independência, sobreveio a Constituição de 1824, que aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis. Além disso, estabeleceu a Constituição do Império que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza do crime. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, p. 217).

Em 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império, com as linhas mestras fixadas na Constituição. Cominava as seguintes penas: morte na forca, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda de emprego e açoites para os escravos. Ressalte-se que as penas de prisão com trabalho e prisão simples eram previstas para pelo menos dois terços dos delitos. (LYRA, 1942, p. 60).

O Código Penal de 1830 não fez menção sobre qual deveria ser o sistema penitenciário adequado ao cumprimento das penas de prisão. Foram instaladas duas Casas de Correção no país, uma em São Paulo e outra no Rio de Janeiro, onde se cumpriam as penas de prisão com trabalho, de acordo com o sistema penitenciário de Auburn, com trabalho em absoluto silêncio durante o dia e isolamento noturno. (KOERNER, 2001, p. 214).

A Casa de Correção da Corte sofreu uma inspeção, cujo relatório foi publicado em 1874 por uma comissão de inspeção. (SALLA, 2001, p. 261-295). Este relatório, além de registrar a precária situação em que se cumpriam pena na Casa de Correção (falta de higiene, alimentação precária, proliferação de doenças e muitas mortes), formulou os princípios básicos em torno dos quais nas décadas que se seguiram se debateu a necessidade de reforma do Código Penal.

A Comissão rejeitou o sistema de Auburn. Esse sistema consistia em manter o condenado isolado durante a noite, em célula individual e durante o dia trabalhando com os demais presos, proibida a comunicação e sugeria a implantação do sistema progressivo irlandês, que de fato veio a ser adotado no Código Penal de 1890.

O regime irlandês era composto de quatro fases. Primeiramente, o condenado ficaria completamente isolado. Num segundo momento, seria mantido o isolamento noturno, mas com trabalho em silêncio durante o dia. Após, o sentenciado cumpriria pena em estabelecimento industrial ou agrícola, com trabalho durante o dia e sem obrigação do silêncio e, por último, poderia obter o livramento condicional. A ideia era de, gradualmente, restabelecer no condenado o equilíbrio moral, reintegrando-o também gradualmente na sociedade civil. (BITENCOURT, 2001, p. 86-88)

Após a abolição da escravatura (1888) foi promulgado o Código Penal de 1890, que previa as seguintes penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de emprego público e multa.

Determinou-se a proibição de penas infamantes, estabelecendo-se o limite de 30 anos para as penas privativas da liberdade. Abolida a pena de morte, galés e açoite, a base do sistema passa a ser a prisão celular, prevista para a quase totalidade dos crimes e cumprida em isolamento celular com a obrigação de trabalho. (LYRA, 1942, p. 60-61 e SALLA, 2001, p. 257).

O Código Penal de 1940, por sua vez, estabelece como penas principais a reclusão, a detenção e a multa (art. 28). Determinou o cumprimento das penas em regime progressivo, com possibilidade (e dever) de trabalho pelo condenado no cumprimento das penas.

Conforme Lyra (1942, p. 106), os períodos do sistema progressivo brasileiro do Código Penal de 1940 são: 1º) isolamento diurno e noturno para exame e observação; 2º) trabalho interno em comum ou trabalho externo em obras e serviços públicos; 3º) transferência para colônia penal; 4º) livramento condicional.

Com a reforma penal de 1984, modificando toda a parte geral do Código Penal e com a promulgação da Lei de Execução Penal, nº 7210, de 11 de julho de 1984, estabeleceu-se uma nova ordem para a execução das penas, instituindo um diploma específico e abrangente regulando os problemas da execução penal.

Por fim, a Constituição de 1988 dedicou-se sobremaneira ao direito dos presos, razão pela qual Dotti (1998, p. 209), entendia que não havia lacuna legislativa no panorama dos direitos humanos do presidiário, uma vez que as regras para o tratamento dos presos, em sua grande maioria, encontram-se adequadas, embora nem sempre sejam cumpridas.

Atualmente, adota-se no Brasil o sistema progressivo, através do qual as penas são cumpridas, progressivamente, em três regimes (fechado, semiaberto e aberto), com possibilidade de obtenção do benefício do livramento condicional em qualquer regime prisional, deixando de ser a quarta etapa do sistema progressivo.

Os regimes aberto e semiaberto podem ser fixados inicialmente na sentença ou determinados através da progressão de regime. Para o preso que tenha sentença condenatória sem trânsito em julgado, inicia-se a execução provisória da pena, podendo ser progredido ao regime semiaberto ou aberto ainda na condição de preso provisório.

A possibilidade de instauração de execução provisória, nesse caso, é benéfica para o condenado, a despeito do princípio da presunção de inocência. Embora possa ser absolvido

pelas instâncias superiores, está preso preventivamente em razão de pena já fixada em concreto. Sendo assim, com base nessa pena, já pode usufruir dos benefícios da LEP.

O sistema progressivo adotado no Brasil até poderia ser considerado adequado e satisfatório para a reinserção social, apresenta graves problemas, pois, como assevera Telles (2004, p. 331), “é da tradição brasileira o avanço na legislação, inclusive constitucional, e o atrasado na prática, pois o Poder Executivo sempre se esquece de cumprir o que a lei manda”.

Com efeito. O que se verifica é que, na prática, o Poder Executivo até investiu na construção de estabelecimentos prisionais destinados ao recolhimento de presos provisórios, regime fechado e até mesmo semiaberto. No entanto, poucos são os estabelecimentos penais em que se cumpre pena em regime semiaberto, em se considerando a necessidade desse tipo de estabelecimento, deixando este regime por vezes prejudicado em diversos Estados da Federação.

No último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de dezembro de 2014, constatou-se que havia apenas 23 estabelecimentos em todo o país destinados ao cumprimento de pena em regime aberto, observando-se que não há nenhuma casa do albergado no Estado de São Paulo, que possui o maior número de condenados do Brasil.

Se, em caso de condenação em regime inicial semiaberto não existir vaga para o cumprimento da pena, o condenado poderá aguardar a vaga em regime aberto (que por sua vez é quase sempre domiciliar – uma vez que o Estado também não investiu na construção das casas do albergado).

Em caso de progressão do regime fechado para o regime semiaberto, o sentenciado aguardava por longos meses sua remoção para estabelecimento adequado, ocasião em que, eventualmente, os tribunais permitiam que se aguardasse a vaga em regime aberto, evidenciado o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo na remoção.

A esse respeito, Nucci (2015, p. 200) assevera que:

Não se pode olvidar, entretanto, os graves desvios sofridos pela execução penal no Brasil, pois o sistema penitenciário não segue os parâmetros legais, acarretando uma enorme disparidade entre o que se prevê no Código Penal e na Lei de Execução Penal e o vivenciado no cotidiano dos presídios.

Diante da falta de solução sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal editou, em 29 de junho de 2016, a Súmula Vinculante 56, que estabelece devem ser seguidos os critérios fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320, com repercussão geral. Segundo a tese

firmada neste Recurso Extraordinário, com repercussão geral, havendo déficit de vagas, deverá ser determinada a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas, a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que saia antecipadamente ou que é posto em prisão domiciliar por falta de vagas e o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progrida ao regime aberto.

Ainda de acordo com a Súmula Vinculante 56, até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser concedida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Ou seja, não existem estabelecimentos suficientes para o cumprimento da pena em regime semiaberto e praticamente inexistem estabelecimentos para o cumprimento de pena em regime aberto.

Teles (2004, p. 333) entende que o sistema progressivo adotado pelo Brasil:

Trata-se de uma concepção moderna, democrática e sobretudo mais humana, da pena de prisão e poderia ter ensejado melhores resultados se os governantes do país e estados-membros tivessem proporcionado os pressupostos indispensáveis à sua implementação, construindo e mantendo em boas condições os estabelecimentos prisionais necessários.

Veja-se, ademais, que também é problema a inexistência de casas do albergado, e o cumprimento do regime aberto em prisão albergue domiciliar.

Com a edição desta Súmula vinculante determinando o cumprimento da pena em regime domiciliar, quando inexistente estabelecimento adequado ao respectivo regime (semiaberto ou aberto), busca-se amenizar a situação de milhares de condenados, pois não mais se permite que o descumprimento da lei pelo Estado imponha aos condenados restrições maiores do que a prevista na condenação a ser cumprida. Por outro lado, faz com que o Poder Público se veja obrigado a reunir esforços para prover o sistema de estabelecimentos adequados.

Em razão da falta de estabelecimento adequado ao semiaberto, e pelo fato de que os presos acabam cumprindo pena em regime aberto, há quem sustente que o regime semiaberto deveria ser extinto. Há projeto de lei em andamento na Câmara dos Deputados para alterar o Código Penal e a Lei de Execução Penal e acabar de vez com o regime semiaberto, com possibilidade apenas de progressão para o regime aberto após o cumprimento de 2/3 da pena para crime comum e 4/5 para crime hediondo.

O Projeto de Lei nº 3.174/2015 foi apensado ao Projeto de Lei nº 4500/2001, que já está pronto para pauta de votação em Plenário e sua justificção vai contra toda e qualquer tentativa de melhora do sistema prisional, além de visível inconstitucionalidade, pela violação

ao princípio da individualização da pena. O sistema progressivo é consagrado no Brasil, sendo indiscutível a necessidade de um regime intermediário entre a privação de liberdade total e o regime aberto.

Além disso, nos estabelecimentos destinados ao regime semiaberto, quando se cumprem os termos do que determina a LEP, é que se verifica a melhor possibilidade de reinserção social. A maior possibilidade de trabalho prisional, a menor vigilância e a expectativa de uma futura liberdade, certamente contribuem para o ideal ressocializador.

O ideal seria que os Estados, até mesmo em razão das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, investissem os valores a serem liberados do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional na construção de novas unidades prisionais de regime semiaberto e aberto, além do investimento em monitoramento eletrônico.

Apesar do distanciamento entre a legislação vigente e a realidade atual, não se justifica piorar a legislação diante da ineficiência do Estado. Infelizmente, a atuação legislativa em favor dos presos não angaria votos. O discurso do ódio impera na população. E, como soe acontecer, verifica-se o uso do direito penal simbólico, como se a exclusão do regime semiaberto fosse capaz de alterar os índices de criminalidade.

Busato (2004, p. 405), quando questionou a vedação à progressão de regime em crimes hediondos, antes da alteração da Lei 8.702/90 pela Lei 11.343/2006, fez a seguinte exortação:

O legislador, como o juiz, tem obrigações vinculantes para com a preservação de um modelo humanista de Estado social e democrático de Direito. Não importam, o mínimo de suas vontades. Ademais, qualquer discussão que parta do ponto de vista da norma posta está, de entrada, fadada ao fracasso de não ser suficientemente abrangente.

Assim, do mesmo modo que se reconheceu, após 16 anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, que era inconstitucional a vedação à progressão de regime por violar o princípio da individualização da pena, eventual alteração da LEP para extirpar o regime semiaberto viola o sistema progressivo adotado e, do mesmo modo, mostra-se inconstitucional.

Diante de todo esse contexto, principalmente pela ineficácia do Estado, o sistema progressivo acaba se tornando letra morta para a maioria dos condenados – ou porque não obtêm a progressão, ou porque a cumprem, em sua maioria, de maneira não condizente com o que determina a legislação, tudo isso em prejuízo da principal finalidade da pena privativa de liberdade, que seria a reinserção social do condenado, como se verá a seguir.

2.2 Fundamentos da pena e sua relação com a execução penal

A execução da pena privativa de liberdade no Brasil tem, precipuamente, a função de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, nos termos do que dispõe o artigo 1º da Lei 7.210/84.

Diante da necessidade que se tem de explicar com base em quê, e quais as finalidades de se aplicar penas aos delinquentes, surgem as teorias sobre a função da pena. Pretendem esclarecer qual o fundamento e a razão de existência das penas, ou seja, qual a justificativa da intervenção penal.

Para Roxin (1998, p. 15), a questão das teorias da pena poderia ser levantada da seguinte forma: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida”?

As teorias da pena podem ser divididas, inicialmente, em dois grandes grupos: o das teorias retributivas (a pena como retribuição ao mal causado) e o das teorias preventivas (pena com finalidade de prevenir novos delitos). Há, ainda, as teorias mistas ou unificadoras, que agregam pontos de outras teorias.

As teorias absolutas ou retributivas traduzem-se na necessidade de retribuir o mal do crime com o mal da pena, sendo que esta não tem nenhuma finalidade por si mesma.

O crime seria a negação do Direito e a pena seria a negação da negação do Direito, que estaria restabelecido com o sofrimento imposto ao condenado. Para os retribucionistas, caberia à pena a incumbência de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma, sendo a consequência jurídico-penal do delito praticado. (BITENCOURT, 2001, p. 106-107)

Embora muito criticada, atribui-se a essa teoria a ideia de medição da pena, pois a sanção penal só se justifica através de justa retribuição, o que se pode chamar de princípio da proporcionalidade, constante nas modernas legislações penais. (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, 2002, p. 131)

A teoria da retribuição apresentaria um critério limitador da pena, por não poder ser esta aplicada além da responsabilidade pelo fato.

Ante o disposto no artigo 59 do Código Penal, no sentido de que a pena deve ser suficiente para a “reprovação” do delito, entende-se que o legislador adotou parcialmente a teoria retributiva.

Roxin (2001, p. 13-27), para quem a culpabilidade é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas, entende que:

a pena sempre pressupõe culpabilidade, de modo que necessidade de prevenção alguma, pouco importando de qual tamanho, pode justificar uma pena que contrarie o princípio da culpabilidade. A culpabilidade seria, assim, pressuposto e limitação da pena.

Conforme esclarece Greco, em nota à tradução do texto de Roxin (2001, p. 19, nota 22), este autor parte do pressuposto de que a teoria retributiva está totalmente superada, quando no Brasil, na realidade, muitos entendem a pena como retribuição. Isso se deve, além da influência italiana, principalmente do retributivista Bettiol, pela redação do artigo 59 do CP (pena como reprovação do crime). Do pensamento retributivista é a ideia de que a culpabilidade é fundamento da pena e não só seu limite.

E completa Greco que a doutrina moderna vê a culpabilidade exclusivamente como limite da pena e não com a função de fundamentá-la. Desse modo, a pena não teria finalidade retributiva e sim preventiva, como se passa a expor.

De acordo com as teorias preventivas, também chamadas de relativas, a razão da pena é prevenir o crime, e não a de reintegrar a ordem perturbada pela ação delituosa. Com a norma penal, pretende-se intimidar o indivíduo para que não transgrida as regras sócias, tenta-se dissuadir o indivíduo a não cometer delitos.

As teorias relativas fundamentam a necessidade da pena para a sobrevivência do grupo social e se dividem em dois grupos: a prevenção especial e a prevenção geral, que por sua vez subdivide-se em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Para os defensores da teoria da prevenção especial a função da pena seria atuar no agente para que este não volte a delinquir. Esclarece Roxin (1998, p. 20) que a prevenção especial pode ocorrer de três maneiras: “corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que é pelo menos intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.

Assim, não se pretende a intimidação dos membros da comunidade ou a retaliação pelo delito cometido, buscando-se, necessariamente, fazer com que o criminoso se ajuste às normas jurídico-penais, não voltando a delinquir.

A prevenção especial pode ser positiva, em que a função atribuída à pena é a de corrigir o condenado, mas pode ser também negativa, onde se diz que a pena serve para neutralizar o condenado enquanto preso. (SCHMIDT, 2007b, p. 208)

Dentre as consequências da teoria da prevenção especial, acredita-se que a principal delas é a reinserção social. Embora existam muitas críticas ao fato de pretender o Estado impor o tratamento ressocializador ao preso, entende-se que não há melhor finalidade para a pena.

No entanto, várias considerações devem ser feitas no tocante a ressocialização como fundamento da pena. Primeiramente, existem inúmeros casos em que o agente não precisa ser ressocializado (como ocorrem nos crimes passionais ou quando o criminoso já é socializado e sociável). Em segundo lugar, porque a ideia de ressocialização implicaria em duração da pena até o momento em que o Estado entendesse que o criminoso já estaria ressocializado.

Além disso, há o problema referente à legitimidade da atuação estatal que tenta impor a ressocialização para adequação do comportamento do recluso ao do padrão imposto pela sociedade. Esse tratamento poderia ser imposto ao preso contra sua vontade? Pode o Estado obrigar o indivíduo a se comportar desta ou daquela forma? A essas questões não se encontram respostas uníssonas, havendo divergências entre os doutrinadores.

Roxin (1998, p. 22) exprime em uma só frase os argumentos contrários à teoria da prevenção especial:

a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.

Corrêa Júnior e Shecaira (2002, p. 133), no entanto, entendem que:

suas qualidades, por outro lado, são inescandíveis. Esta teoria tem caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.

Embora muito se fale em ressocialização, pode-se desde já dizer ser mais correta a denominação “reinserção social”, tendo em vista que só se pode exigir do indivíduo que retorne ao convívio social adaptando-se as regras de convivência da sociedade, sem condutas delituosas, não se podendo impor ao condenado, como esclarecem Corrêa Junior e Shecaira (2002, p. 146), que “passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja”.

Já a teoria da prevenção geral indica como fundamento e fim da pena os efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas. Entende-se que, através da cominação de penas a certas condutas, pode-se intimidar as pessoas e motivá-las a se comportar de acordo com a lei.

Dentre os que defendem a prevenção geral se encontra Beccaria (1997, p. 52), para quem a finalidade da pena é apenas a de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.

Na prevenção geral, como esclarece Baratta (1994, p.19):

(...) a defesa social se realiza criando, através da ameaça da pena e/ou do espetáculo (oculto) de sua aplicação, uma contra motivação que atinja aqueles delinquentes potenciais, neutralizando assim sua possível tendência à prática delitiva. Em outras palavras, é uma teoria pensada para aqueles indivíduos que, apesar de não serem delinquentes, pode-se supor que não tenham suficientemente introjetado uma atitude espontânea de lealdade à ordem jurídica. Assim, a função imediata é a contra motivação.

Essa teoria é vista como teoria da prevenção geral em seu sentido negativo (de intimidação). No entanto, a imposição de pena em função da prevenção geral pode levar ao que se chama de terror estatal, uma vez que, na tentativa de impedir novas condutas delituosas, o Estado tende a exacerbar em demasia a pena cominada aos delitos.

As críticas que se fazem à teoria da prevenção geral são no sentido da impossibilidade de se impor pena a alguém somente para intimidar outrem, além da constatação de que não é a possibilidade da aplicação de pena que impede alguns criminosos de agirem.

A prevenção geral só serviria para aqueles que já não possuem intenção de cometer delitos, pois a criminalidade organizada, que é a que mais preocupa a sociedade, não diminui com a exasperação das leis. É o que se verificou com a edição da lei dos crimes hediondos no Brasil e o que se verifica, por exemplo, nos locais onde ainda se aplica a pena de morte.

O mérito dessa teoria, no entanto, é o da ênfase no processo educativo da sociedade. (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, 2002, p. 132)

Em contraposição à teoria da prevenção geral negativa, têm-se as teorias da prevenção geral positiva, que se dividem em fundamentadora e outra limitadora.

Para a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, a função da pena, não seria dirigida nem aos atuais, nem aos futuros delinquentes. É dirigida àqueles cidadãos que supostamente respeitam a lei. A teoria não visa à intimidação ou a proteção de bens jurídicos,

buscando apenas a afirmação de vigência da norma perante a sociedade, ou seja, reforçar a validade das normas, restabelecendo a confiança institucional.

Para esta teoria, o Direito Penal acabaria tendo apenas uma função simbólica, uma vez que o legislador não apresentaria soluções para modificar a realidade da criminalidade, mas sim para dar a ilusão de que os bens da sociedade estão devidamente protegidos pelo ordenamento. Isso, infelizmente, ocorre no Brasil, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos e com a adoção do Regime Disciplinar Diferenciado.

Baratta (1994, p. 22) faz críticas à concepção simbólica do direito penal, referindo-se à política como um “espetáculo” para agradar a opinião pública, pois “O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada”.

Já a teoria da prevenção geral positiva limitadora se diferencia da fundamentadora, como esclarecem Corrêa Júnior e Shecaira (2002, p.132):

na medida em que define a finalidade da pena, acrescentando um sentido limitador ao poder punitivo do Estado. Enquanto na teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos.

Infelizmente, verifica-se no Brasil o uso do direito penal simbólico, com a edição de leis penais para agradar a opinião pública sem que, em contrapartida, haja por parte do Estado a efetivação de medidas que já estão previstas na legislação e que poderiam melhorar a situação do país.

Por sua vez, as teorias mistas agregam vários pontos das teorias relativas e retributivas. Associam os princípios de justiça absoluta e o fim socialmente útil das penas.

As críticas a essas teorias se devem ao fato de que misturam uma teoria que nega uma finalidade à pena (teoria retributiva) com outras que lhe atribuem fim (teorias relativas).

Para Marques (1999, p. 139), a pena tem caráter eminentemente retributivo, sendo que “o Estado pune e castiga porque houve uma conduta humana reprovável que atentou contra os valores primordiais e básicos da convivência social”.

No entanto, esse autor também aceita a finalidade preventiva da pena. Esclarece que, como atividade retributiva, tem a pena uma dimensão individual, atingindo a pessoa que

mereceu a sanção jurídica em consequência do ato ilícito que praticou, mas há também uma dimensão social na medida sancionadora, que pode ser utilizada como instrumento de prevenção para evitar novos atentados aos interesses sociais. (MARQUES, 1999, p. 141-142).

E conclui Marques (1999, p. 144) que “o caráter retributivo da pena não é obstáculo a que a tutela jurídica, através dela exercida, também tenha por objetivo prevenir a prática de novos delitos. Uma coisa não exclui a outra”.

Nas teorias mistas, predomina ora um, ora outro dos princípios opostos. O delito é a razão da pena, a retribuição, o seu fim. Mas deste fim, participam a segurança da autoridade da lei e bem futuro da sociedade. (LYRA, 1942, p. 25)

De acordo com Lyra (1942, p. 28):

a mais importante teoria mista é a de Merkel, que defendeu, dentro da prevenção geral, o princípio da retribuição jurídica, concebendo a pena como justa retribuição, mas com o fim de manter no Estado as condições da vida social. A repressão das violações jurídicas serve, como toda atividade do Estado, aos interesses humanos, e nisso encontra a própria justificação.

E conclui o autor que para a doutrina de Merkel “a pena é considerada como meio para o fim do Estado, é uma retribuição estatal”.

Para a teoria unificadora dialética de Roxin (1998, p. 43), que discorda da teoria retributiva, o sentido e os limites do direito penal caracterizam sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual.

O autor faz a distinção da função da pena nos três momentos de atuação estatal: na cominação da pena, na aplicação da pena (sentença) e na execução da pena. Em cada fase haveria a prevalência de uma finalidade. Quando comina penas abstratamente, há finalidade de prevenção geral negativa (intimidação). Ao aplicar-se a pena, haveria prevenção geral e especial. Por fim, na execução da pena, sua finalidade seria a prevenção especial.

Bitencourt (2001, p. 143) resume a questão da seguinte maneira:

as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Entende-se que prevalecem as teorias mistas, uma vez que, a toda evidência, os fundamentos do direito de punir não se resumem a uma ou outra das finalidades antes

mencionadas, mas todas elas, conjuntamente, autorizam o Estado impor pena aos autores de delitos. Particularmente, em alguns casos, não haveria necessidade da retribuição, uma vez que parece vingança a expressão “ao mal do crime o mal da pena”, mas sempre se pode dizer que a pena tem caráter de intimidação e prevenção, pois deve servir de exemplo tanto para o delinquente como para a sociedade, no sentido de que os atos contrários ao direito não podem ficar impunes.

Ainda, quanto à prevenção especial positiva, com sua característica de tentar ressocializar o condenado, esta teoria também merece críticas para aqueles casos em que o indivíduo já é altamente socializado, como ocorre nos chamados crimes de “colarinho branco” e que hoje apresentam grande repercussão social no país, com a chamada “operação lava-jato”. Para esse tipo de condenado, a finalidade da pena seria a retribuição e a segregação que se dá com a prevenção especial negativa.

No entanto, o que se verifica é que qualquer ideal ressocializador resta prejudicado no atual cenário da execução das penas privativas de liberdade no Brasil, diante do reconhecido caos vivenciado pelo sistema prisional, como se vê nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Passa-se a analisar os direitos e deveres dos presos, mais uma vez sem deixar de lado o contexto comprovado de flagrantes ilegalidades no cumprimento das penas privativas de liberdade.

2.3 Direitos e deveres dos presos

A Constituição Federal confere diversos direitos fundamentais aos presos, entre eles o disposto nos artigos 5º, incisos III e XLIX, que proíbem tratamento desumano ou degradante, bem como asseguram o respeito à sua integridade física e moral.

O artigo 3º da LEP estabelece que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Ainda, além dos direitos expressamente mencionados na CF e na LEP, aos condenados serão garantidos, nos termos do artigo 5º, 2º da CF os “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

Destarte, o rol de direitos previsto no artigo 41 da LEP não é taxativo:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I** - alimentação suficiente e vestuário;
- II** - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III** - previdência social;
- IV** - constituição de pecúlio;
- V** - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI** - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII** - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII** - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX** - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X** - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI** - chamamento nominal;
- XII** - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII** - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV** - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV** - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Os principais direitos do condenado, ou preso provisório, podem ser relacionados às formas de assistência que deve ser prestada pelo Estado ao preso e ao internado, ou seja, assistência material (alimentação, vestuário), assistência à saúde (atendimento médico, farmacêutico e odontológico) e assistência jurídica, prestada aos sentenciados sem recursos financeiros pela Defensoria Pública.

Devem ser garantidos aos presos todos os direitos decorrentes de sua condição de pessoa humana.

Schmidt (2007b, p. 223) assevera que:

os presos, por sua vez, possuem os mesmos deveres dos demais cidadãos – ou seja, o dever de respeitar os direitos individuais alheios – e o outro que lhes é peculiar: o de cumprir a sanção imposta na sentença condenatória, com seus respectivos efeitos no curso da execução penal. Por outro lado, este mesmo preso terá todos os direitos dos demais cidadãos, menos um, que decorre de seu dever peculiar e diferenciados dos demais indivíduos: a liberdade de ir e vir. Nada mais, nada menos.

O trabalho prisional se constitui direito e dever do preso. Infelizmente é concedido a um número muito limitado de presos, vez que a superlotação carcerária por vezes torna impossível o trabalho prisional, além da evidente falha do Estado em oferecer trabalho aos condenados.

Ao contrário do clamor popular de que os presos deveriam trabalhar para se manter na prisão, o que se verifica é que a grande maioria os presos “quer” trabalhar, mas o Estado

não lhes fornece trabalho. O trabalho, além de ser instrumento de reinserção social, implica na remição das penas, com a diminuição de 01 (um) dia de pena para cada 03 (três) dias trabalhados.

O trabalho prisional deveria então, ser considerado uma das prioridades para o Estado, uma vez que a pena não pode ser apenas punição, mas sim ter como meta a reinserção social.

Limongi (2017) assevera que:

O combate ao crime não se perfaz pelo punitivismo do Estado, mas tão só pela resolução dos problemas sociais, um dos quais a imensa desigualdade social, com a conseqüente desigualdade de tratamento, incluindo a desigualdade de consideração. Todos os homens são iguais... somente perante a lei ou perante Deus. Não, porém, aos olhos humanos... Nesses termos, a sociedade e o Estado não querem reconhecer o criminoso como pessoa, sujeito de direito, relegando-o ao completo abandono, quando a Lei de Execução Penal quer que seja ele reeducado para sua reinserção na sociedade, com a possibilidade de convívio pacífico.

Na realidade, o condenado não é objeto da execução penal e sim sujeito de direitos. Embora tenha que cumprir a pena privativa de liberdade, não perde nenhum dos direitos inerentes à sua condição humana.

O principal dever do preso é o cumprimento da sanção penal imposta na sentença condenatória. Daí decorre a perda da sua liberdade de locomoção.

Deve ser lembrando que, de acordo com o princípio da legalidade e a disposição constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (Artigo 5º, inciso II, CF). Pode-se concluir que será permitido ao preso o que não for lhe proibido.

Estabelece o artigo 39 da LEP que constituem deveres do condenado:

- I** - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II** - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III** - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV** - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V** - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI** - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII** - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII** - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX** - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único - Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Da análise desses deveres, verifica-se que a LEP busca a reinserção social do preso, nos moldes do que dispõe o artigo 1º, no sentido de que a execução penal deve proporcionar a harmônica integração social do condenado. Para a LEP, estes são os valores que se espera de um cidadão socializado: comportamento disciplinado, obediência, urbanidade, trabalho e higiene.

Como a imposição de deveres está ligada à disciplina no interior do estabelecimento prisional, ressalta-se o previsto nas Regras de Mandela: “Regra 36- A disciplina e a ordem devem ser mantidas, mas sem maiores restrições do que as necessárias para garantir a custódia segura, a segurança da unidade prisional e uma vida comunitária bem organizada”.

Assim, quando se diz “sem maiores restrições do que as necessárias”, deve-se atentar para o fato de que o condenado já está privado da liberdade de locomoção, o que já é suficientemente penoso. Todas as outras restrições que lhe são impostas em nome da disciplina devem ser somente as estritamente necessárias. No Brasil, como restou comprovado, os condenados são submetidos a tratamento degradante pela precária estrutura das unidades prisionais. Impor excessivas normas de comportamento e punições pelo descumprimento, dependendo da situação somente servirão para dificultar ainda mais o quase utópico processo de reinserção social.

Schmidt (2007b, p. 265) ressalta que:

somente podem ser determinados deveres aos presos em situações em que uma conduta exteriorizada lese, ou detenha a possibilidade de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer, não sendo mais admissível, constitucionalmente, tolerarmos uma punição disciplinar em razão de a personalidade do preso não se adequar a princípios éticos-sociais.

Como brilhantemente aduzido por Shecaira (2004, p. 59):

A pena privativa de liberdade é a forma mais extremada de controle penal. É sabido que o regime penitenciário regula de modo minucioso todos os momentos da vida do condenado, podendo despersonalizá-lo e convertê-lo num autômato. A própria arquitetura prisional visa a induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura de forma plena o controle de suas ações.

No entanto, além das disposições previstas na LEP, existem tantas outras previstas em legislação estadual e nas normas da administração penitenciária, pouco restando de liberdade para os detentos.

Bechara (2011, p. 180) aduz que:

Em que pese a Lei de Execução Penal, em face da orientação reabilitadora, consistir num importante passo no sentido de dotar as prisões brasileiras de um arcabouço disciplinar, estruturado por meio de mecanismos de controle da identidade dos presos e de um sistema meritório, baseado em punições e recompensas, tal iniciativa não conseguiu imprimir caráter mais racional e humanitário à pena de prisão. O fator preponderante que leva à frustração das expectativas nesse sentido refere-se, antes de mais nada, aos próprios problemas estruturais das prisões brasileiras, tais como o autoritarismo excessivo dos organismos policiais e penitenciários, as condições precárias de habitação e as deficiências de programas sociais voltados aos condenados e aos egressos.

No Estado de São Paulo, ao ingressar no estabelecimento prisional, o preso recebe uma “Cartilha de comportamento disciplinar” onde se menciona ser falta disciplinar, entre outros, usar “cabelo comprido, barba, cavanhaque ou bigode”.⁵

Por certo que deve haver disciplina no estabelecimento prisional, mas, nos dias de hoje, parece inconcebível punir alguém por usar barba.

Portanto, mesmo para os deveres dos condenados, sejam eles fixados na legislação federal ou estadual, observando-se ainda os decretos, resoluções e portarias administrativas, devem ser observados os princípios constitucionais e a finalidade do cumprimento da pena privativa de liberdade, para que a punição não se pareça com vingança, nunca se deixando de lado a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a violação dos deveres implicará em consequências ao condenado, estabelecendo a LEP a previsão de faltas disciplinares de natureza leve, média e grave.

2.4 Das faltas disciplinares

A execução da pena, como dito, implica no cumprimento pelo condenado dos deveres que lhes são impostos. Não só a lei determina o modo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Devem ser observadas pelos sentenciados as normas da administração penitenciária, muitas vezes determinadas por resoluções ou portarias.

⁵ Essa “Cartilha” é assinada pelo preso quando este ingressa no sistema prisional e anexada ao seu prontuário penitenciário.

Com isso, pretende-se que o condenado se conforme ao sistema prisional, exigindo-se que sua conduta seja nos termos do que lhe é determinado.

Freire (2005, p. 95) salienta que a atividade do sistema de punições e recompensas na execução penal está relacionada com a moldagem da personalidade dos sujeitos, ou seja, a despersonalização. Para ela:

A natureza dos comportamentos etiquetados como faltas disciplinares evidencia, num primeiro olhar, o grau de ingerência dos dispositivos de vigilância na vida dos sujeitos encarcerados. A lógica do sistema prevê inicialmente a desconstrução da identidade do indivíduo que, desde o momento que adentra a instituição, vai ser despido das características mais elementares de sua personalidade. Opera-se uma verdadeira infantilização do sujeito, retirando-lhe o arbítrio sobre os mais insignificantes atos da vida adulta. A organização do tempo, do espaço, das atividades, somada à identificação de qualquer tipo de manifestação com subversão da ordem, relegam-no, mesmo que simbolicamente, à condição de incapaz.

Freire (2005, p. 105) aduz que:

o que se visualiza no universo prisional é que os dispositivos disciplinares, ao estabelecerem uma envolvente rede coercitiva, baseada em múltiplas regras ativamente impostas aos condenados, não apenas afrontam grosseiramente os direitos e garantias individuais dos condenados, mas, de forma subliminar violam a perspectiva ressocializadora, retroalimentando o sistema penal.

Bauman (1999, p. 134/135), assevera que o processo policial/judicial que culmina em prisão é um ritual de rejeição simbólica e exclusão física, que humilha e visam fazer com que o rejeitado/excluído aceite suas imperfeições e inferioridade social. A consequência é que o excluído se defende e, em vez de aceitar docilmente sua rejeição e converter a rejeição oficial em autorrejeição, preferem rejeitar aqueles que os rejeitam.⁶

A sociedade precisa entender que, uma vez que a Constituição Federal não permite a prisão perpétua nem a pena de morte, o tratamento penitenciário precisa mudar. Não se justifica o ditado popular de que “preso bom é preso morto”. Ainda que se diga que a pena de prisão está falida, como de fato está, é urgente a necessidade de investimento do Estado para melhorar as condições das penitenciárias do país. O autor de um crime deve cumprir a pena que lhe foi imposta nas condições que são determinadas pela Constituição e pela LEP.

⁶ Bauman relata que Donal Clemmer cunhou em 1940 o termo “prisionização” para denotar os verdadeiros efeitos do confinamento, marcadamente diferentes do impacto “reeducador” e “reabilitador” atribuído à prisão por seus teóricos e promotores. Que a cultura da prisão deixava os internos ainda menos adaptados do que antes para a vida fora dos muros da prisão e menos capazes de seguir as regras e costumes da vida “comum”. Na opinião de Clammer, a prisão era uma escola do crime. (BAUMAN, 1999, p. 134)

Não será o tratamento desumano dispensado aos presos que fará diminuir os altos índices de reincidência. A LEP apresenta meios para se buscar a reinserção social, como o trabalho e estudo prisionais. O problema é que o número de presos que trabalham e estudam é ínfimo, por falta de estrutura nos estabelecimentos prisionais. Interessa a todos que o condenado, ao ser colocado em liberdade, esteja melhor do que quando ingressou no sistema prisional.⁷

A cultura de exclusão social pelo encarceramento precisa ser revista. Até porque, como asseverou Bauman (1999, p. 122), “a questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que ‘aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que de punição’”.

Nesse contexto, a questão da disciplina e a imposição de deveres que ensejam falta disciplinar são de extrema importância, uma vez que o processo de individualização da pena e o sistema progressivo adotado exigem o bom comportamento carcerário.

De acordo com Tavares (2013, p.59):

Observando-se o rol das faltas de natureza grave e as faltas que são arroladas no Regimento Interno Padrão como médias e leves, verifica-se que pouco sobra de liberdade para o indivíduo encarcerado, que não tem outra alternativa a não ser “prisonalizar-se” para sobreviver ao sistema. Assim, terá bom comportamento carcerário aquele que conseguir se adaptar às normas disciplinares sem demonstrar nenhum tipo de indignação. Para quem vivencia o regime prisional, seja trabalhando no interior das unidades prisionais, seja tendo contato direto com os processos de execução, fica fácil observar que os sentenciados precisam se conformar com as regras que lhes são impostas e, sempre que se mostram indignados, são punidos administrativamente. Não se trata de defender a ideia de que os presos podem escolher como irão cumprir a pena que lhes foi imposta, mas sim uma constatação de que o controle disciplinar interfere gravemente na execução da pena e, por vezes, acaba por flexibilizar os direitos do condenado.

E, pior, como se exigir dos detentos que tenham bom comportamento carcerário, que não cometam faltas disciplinares no cenário de horror em que vivem? Como se exigir dos seres humanos que são tratados como lixo que respeitem as regras impostas, se as regras impostas ao Estado são sistematicamente violadas, como o STF reconheceu na ADPF 347?

⁷ Batista (1990, p. 159), com muita propriedade, asseverou que “o bandido é o Estado”. Segundo ele, “É fácil dizer que ‘bandido tem é que morrer’, e sair por aí oprimindo toda uma população, divulgando que os habitantes das favelas e dos conjuntos populares têm propensão ao crime. Propensão ao crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença – em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida. (...) Difícil é cobrar do Estado o respeito à lei e a proteção dos direitos que toda pessoa, a começar pela vida. Perto da culpa do Estado, a do bandido é pequena. E o bandido a gente ainda consegue prender, processar, julgar e condenar. E o Estado?”

Uma vez que o bom comportamento carcerário é requisito para quase todos os benefícios previstos na LEP, a sanção disciplinar retira do condenado a possibilidade de atenuar seu tempo no cárcere ou de cumpri-lo de forma menos severa.

Relata Tavares (2013, p. 60) que:

Na Penitenciária de Presidente Bernardes, no Estado de São Paulo, os sentenciados que trabalhavam na cozinha foram sindicados por falta de natureza grave por colocarem “tempero” na comida fora das determinações da unidade prisional. Segundo constou no procedimento administrativo, eles estariam introduzindo, irregularmente, tempero recebido através das visitas e modificando a comida. Assim, estariam portando “materiais proibidos” e exercendo liderança negativa na unidade, pois desta forma estariam afrontando a unidade prisional (Procedimento Administrativo Disciplinar nº 173/2013).

Em casos como esse, o que pode se concluir é que vários dos comportamentos tidos como infração disciplinar não possuem a gravidade que se deveria exigir para configurar falta disciplinar de natureza grave, com todas as severas consequências advindas da punição.

Para Schmidt (2007b, p. 217):

Toda a disciplina carcerária deve restar legitimada em atenção à garantia de que uma infração disciplinar só possa ser considerada válida nos casos em que uma conduta exterior (mas não qualquer conduta exterior) ofenda garantias fundamentais de outros cidadãos.

Passe-se, então, a estudar as faltas disciplinares tal como previstas na LEP, classificadas como de natureza leve, média e grave.

2.4.1 Das faltas de natureza média e leve

Estabelece o artigo 49 da LEP que as faltas médias e leves serão especificadas na legislação local.

Assim, os Estados, através de suas Assembleias Legislativas, devem disciplinar as faltas médias e leves.

Mirabete (2002, p. 138), esclarece que “é imprescindível que o legislador estadual estabeleça como faltas disciplinares as infrações aos deveres do preso previstos no artigo 39”, fazendo a ressalva das condutas que já são consideradas faltas de natureza grave.

Deste modo, constou na exposição de motivos da LEP (item 79) que:

o projeto confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discricionário do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente.

Apesar da disposição legal sobre as faltas disciplinares, aliada à autorização da Constituição Federal em seu artigo 24, inciso I, para que os Estados legislem sobre Direito Penitenciário, os Estados, em sua grande maioria, não possuem lei sobre o assunto.

Recentemente, o Estado de Pernambuco editou seu Código Penitenciário, através da Lei 15.755 de 04 de abril de 2016, onde se vê nos artigos 130 e 131 a descrição das faltas de natureza leve e média.

No Estado de São Paulo, em se tratando de faltas médias e leves, há grave violação ao princípio da legalidade, uma vez que, ao contrário da determinação legal, esta especificação se dá através do Regimento Interno Padrão, editado através da Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária nº 144, de 29 de junho de 2010.

Do mesmo modo, no Estado do Paraná, a descrição de faltas leves e médias está prevista no Estatuto Penitenciário, em seus artigos 61 e 62. Veja-se que este Estatuto foi aprovado pelo Decreto Estadual nº 1.276 de 31 de outubro de 1995. Apesar de ter um formato melhor que o Regimento Interno do Estado de São Paulo, não se trata de lei, tal como editada no Estado de Pernambuco.

Segundo Souza (2006, p. 306):

A competência concorrente outorgada pela Constituição (art. 24, I) à União, Estados e Distrito Federal para “legislar sobre Direito Penitenciário”, restringe-se aos “Poderes Legislativo Federal e Estadual”, não se estendendo ao Poder Executivo e órgãos respectivos como ocorre com as Secretarias da Administração Penitenciária, que não têm competência para editar *manuals* ou *estatutos internos* de disciplina carcerária, tipificando faltas médias, leves e sanções disciplinares.

Assim, segundo este autor, a tipificação de faltas ou sanções disciplinares por meio de *manuals* das Secretarias, tal como ocorre no Estado de São Paulo, é inconstitucional, podendo ser estendida às matérias de Direito Penitenciário a vedação de edição de medidas provisórias nos termos do artigo 62, §1º, I, b da Constituição Federal.

A Constituição Expressamente prevê que o Direito Penitenciário deve ser regido por meio de lei. E, deste modo, a competência é exclusiva do Poder Legislativo. Não pode ser substituída por Resolução de Secretaria de Estado ou por Decreto do Governador.

Sobre a necessidade de ter um Código Penitenciário no Estado de São Paulo, que em 2017 já conta com mais de 233 mil presos, mais de 1/3 da população prisional de todo o país, Palma e Rosa (2017, web) entendem que:

Nesse sentido, de balde o respeito que se presta a iniciativa das secretarias estaduais que cuidam dos encarcerados e que optaram por lançar mão de regulamentos, não se pode negar que existe patente carência da presença de uma legislação estadual sedimentada e atenta aos princípios constitucionais, de sorte a não apenas suprir a lacuna existente como, outrossim e sobretudo, fazer valer aos encarcerados e aos que atuam no sistema carcerário as garantias democraticamente erigidas como relevantes pelo Poder Constituinte.

Verifica-se no projeto para atualização da Lei de Execução Penal, em debate no Congresso Nacional, por meio do PLS nº 513/2013, a previsão de alteração do artigo 49 da para que as faltas médias e leves sejam especificadas por resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Se, por um lado, não se exigirá lei, por outro, haverá uma uniformidade no território nacional.

No Estado de São Paulo, as condutas que, nos termos do artigo 44 e 45 da Resolução SAP nº 144/2010, são consideradas faltas de natureza leve e média, são as seguintes:

Artigo 44 - Consideram-se faltas disciplinares de natureza leve:

- I- transitar indevidamente pela unidade prisional;
- II- comunicar-se com visitantes sem a devida autorização;
- III- comunicar-se com presos em regime de isolamento celular ou entregar aos mesmos quaisquer objetos sem autorização;
- IV- manusear equipamento de trabalho sem autorização ou sem conhecimento do responsável, mesmo a pretexto de reparos ou limpeza;
- V- adentrar em cela alheia sem autorização;
- VI- improvisar varais e cortinas na cela, no alojamento ou no pátio interno, comprometendo a vigilância, salvo em situações excepcionais autorizadas pelo diretor da unidade prisional;
- VII- utilizar-se de bens públicos, de forma diversa para a qual os recebeu;
- VIII- ter a posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela unidade prisional;
- IX- estar indevidamente trajado;
- X- usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista;
- XI- remeter correspondência sem o registro regular da área competente.

Artigo 45 - Consideram-se faltas disciplinares de natureza média:

- I- atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade frente às autoridades, aos funcionários e aos presos;
- II- portar material cuja posse seja proibida;
- III- desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada;
- IV- simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar;
- V- induzir ou instigar alguém a praticar qualquer falta disciplinar;
- VI- divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina;

- VII-** dificultar a vigilância em qualquer dependência da unidade prisional;
- VIII-** praticar autolesão ou greve de fome isolada como atos de rebeldia;
- IX-** provocar perturbações com ruídos, vozerios ou vaias;
- X-** perturbar a jornada de trabalho ou a realização de tarefas;
- XI-** perturbar o repouso noturno ou a recreação;
- XII-** praticar atos de comércio, de qualquer natureza, com outros presos ou funcionários;
- XIII-** comportar-se de forma inamistosa durante prática desportiva;
- XIV-** inobservar os princípios de higiene pessoal, da cela e das demais dependências da unidade prisional;
- XV-** destruir objetos de uso pessoal, fornecidos pela unidade prisional;
- XVI-** portar ou ter, em qualquer lugar da unidade prisional, dinheiro, cheque, nota promissória ou qualquer título de crédito;
- XVII-** receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da unidade prisional, objetos que possam ser utilizados em fugas;
- XVIII-** receber, confeccionar, portar, ter ou consumir bebida alcoólica ou concorrer para sua fabricação;
- XIX-** praticar fato previsto como crime culposo ou contravenção, sem prejuízo da sanção penal;
- XX-** mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação;
- XXI-** faltar ao trabalho sem causa justificada;
- XXII-** descumprir horário estipulado, sem justa causa, para o retorno da saída temporária;
- XXIII-** manter ou possuir anotações com números de telefones, de contas bancárias, de rifas, dentre outras consideradas impróprias.

O fato é que, a despeito de ser necessário algum tipo de punição pelos comportamentos acima mencionados, somente se justificaria a sanção disciplinar se houvesse respeito ao princípio da legalidade. Somente a lei, em sentido estrito, poderia tipificar os comportamentos passíveis de punição.

Mirabete (2002, p. 131), ao tratar do princípio da legalidade e sua aplicação ao artigo 45 da LEP, com brilhantismo assevera que:

embora se afirme no art. 45 que não haverá falta nem sanção disciplinar sem previsão legal ou *regulamentar*, a própria lei define as faltas disciplinares graves e as sanções aplicáveis (art. 50 a 52), deixando à *lei* local a previsão de faltas médias e leves, bem como as respectivas sanções (artigo 49). Nestes termos, não se pode instituir pelos regulamentos dos presídios qualquer outra falta disciplinar nem criar outras sanções disciplinares além daquelas previstas na Lei de Execução Penal e nas leis locais. Aliás, como no art. 3º da Lei de Execução Penal afirma-se que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela *lei*, e como as faltas disciplinares levam a sanções limitativas dos direitos do condenado, devem estar ambas expressamente previamente previstas na lei e não nos regulamentos.

Deste modo, ocorre no Estado de São Paulo, assim como no Estado do Paraná, uma flagrante violação do princípio da reserva legal, que tem aplicação plena na execução penal.

Enquanto para o cidadão, pelo princípio da legalidade, se diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (o que não é proibido é permitido), para a administração, como diz Castilho (1988, p. 15), ocorre uma reserva da lei generalizada, que ela explica nos seguintes termos:

a atividade da administração passa, portanto, a subordinar-se totalmente à lei, que deixa de ser um simples limite para constituir a própria substância daquela atividade. A relação que se instaura entre a lei e a atividade administrativa é uma relação de dependência e subordinação muito mais estritas do que a existente entre a lei os particulares. Enquanto estes podem fazer tudo que não lhes seja proibido por lei, a Administração só pode fazer o que lhe seja, de antemão, permitido pela mesma.

A Administração Penitenciária, portanto, não tem autorização legal para, se substituindo ao legislador local (Assembleia Legislativa Estadual), especificar as condutas que se configuram em falta disciplinar de natureza média e leve, até porque, como consta no RIP de São Paulo, elas também apresentam consequências na execução penal ao sentenciado, uma vez que, no período estipulado para reabilitação de conduta (03 meses para a leve e 06 meses para a média), o diretor não emitirá atestado de bom comportamento carcerário, o que será impeditivo para os benefícios previstos na LEP. Pelo RIP de São Paulo, o condenado que comete falta leve ou média terá seu comportamento classificado como “regular” (artigo 85, III).

Avena (2017, p. 80) entende que “efetivamente, não se pode atribuir à administração penitenciária o poder de legislar sobre faltas e sanções, especialmente aquelas que possam ter relevância na aferição da conduta carcerária do preso”.

Nos autos do Agravo de Execução Penal nº 0034934-96.2014.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 03 de fevereiro de 2015, o Relator Desembargador Guilherme de Souza Nucci assevera “Lembre-se, também, da fixação das faltas médias e leves, que somente podem ser previstas em lei jamais em decreto ou resolução. O princípio da legalidade vigora, plenamente, na execução penal”.

Infelizmente, apesar de inúmeros entendimentos no sentido de que deve ser respeitado o princípio da legalidade, os presos são sistematicamente condenados nos termos do RIP de São Paulo, como também o são com base no Estatuto Penitenciário do Paraná, embora não seja lei em sentido estrito.

Ainda, qualquer insurgência que se faça judicialmente a esse respeito, na maioria das vezes mostra-se inócua, pois até que se tenha uma decisão favorável, já terão passados mais de três ou seis meses para a reabilitação da conduta do preso.

2.4.2 Das faltas de natureza grave

As faltas disciplinares de natureza grave estão arroladas no artigo 50 da LEP, que assim dispõe:

Art. 50 - Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II - fugir;
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV - provocar acidente de trabalho;
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do Art. 39 desta Lei.
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Já os deveres do artigo 39 que se forem descumpridos geram a falta de natureza grave são os do inciso II (obediência ao servidos e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e o do inciso V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas).

Além destas condutas, de acordo com o artigo 52 da LEP, a prática de crime doloso também é considerada falta grave.

Observando o princípio da legalidade, é certo que este rol é taxativo e não pode ser ampliado pelo intérprete. Também não pode a administração penitenciária estabelecer casos de falta grave que ali não estão previstas, como fez em várias oportunidades.

Mirabete (2002, p. 141) ensina que:

como a Lei de Execução Penal prevê em *numeros clausus* as condutas que poderão identificar faltas graves por parte dos condenados e presos provisórios, não pode a lei local ou mero regulamento administrativo tipificar como tais outras condutas. Estas somente poderão ser consideradas como faltas médias ou leves quando previstas nessas normas complementares.

Quanto à falta grave prevista no inciso VII, acrescentado pela Lei 11.466, de 28 de março de 2007, os presos no Estado de São Paulo já eram punidos por falta de natureza grave nos termos da Resolução 113, de 25 de novembro de 2003 da SAP. Essa previsão era ilegal, mas aplicada largamente até a alteração legislativa.

Verifica-se que no artigo 1º da Resolução nº 113 da SAP de São Paulo havia expressamente a disposição de que o porte de componentes ou acessórios do celular, tais como o “chip” ou um carregador de bateria seriam falta grave. Isso não foi mencionado pelo legislador federal, que fez constar que o objeto deve permitir a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo a expressão.

No entanto, ferindo o princípio da taxatividade, os sentenciados são condenados por portarem um chip ou um simples carregador de bateria, ainda que não possuam o aparelho que permita a comunicação, por se entender que era a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre presos ou destes com o meio externo. Nesse sentido, o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 118.997.

Em outros casos, como é obrigação do condenado obedecer ao servidor e a execução das ordens recebidas, como consta no artigo 50, inciso VI, várias são as situações em que se coloca em dúvida a obediência ao princípio da legalidade, pois toda e qualquer “ordem” dada pelos funcionários passa a ser “ordem legal” e seu descumprimento gera a falta de natureza grave, como por exemplo, deixar de obedecer à ordem de fazer a barba.

Em algumas unidades prisionais de São Paulo há Portaria do Diretor Geral da unidade estabelecendo os deveres do sentenciado e seu descumprimento será tido como falta de natureza grave. Por exemplo, estabelece o diretor a proibição de ingerir ou portar bebida alcoólica, e conseqüentemente a ingestão ou posse passa a ser falta disciplinar de natureza grave, embora tal conduta não esteja arrolada no artigo 50 da LEP.

E, nos lugares onde consta Portaria do Diretor Geral, estabelecendo as condutas proibidas, todo comportamento dos detentos que seja contrário ao disposto nas Portarias, irá implicar em desacato ou desobediência, ainda que inexistente na LEP a previsão do comportamento como sendo falta de natureza grave.

Para exemplificar, é muito comum que os presos sejam surpreendidos com bebida alcoólica artesanal, conhecida no meio carcerário como “Maria louca”.

Veja-se o v. acórdão proferido nos autos do Agravo de Execução Penal nº 0251299-18.2012.8.26.0000, da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 09 de setembro de 2014, que desclassificou a infração disciplinar cometida pelo agravante de falta de natureza grave para falta de natureza média.

Constou na fundamentação que o agravante teve reconhecida, em sede administrativa e depois judicialmente, falta disciplinar de natureza grave porque teria deixado de acatar “determinação comum a todos os sentenciados ao descumprir normas das portarias 091/2009 e 206/2010, ao portar garrafas além da quantidade autorizada além de utilizar utensílios autorizados de maneira indevida”.

Assim, imputou-se ao condenado falta grave prevista no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal, sendo sua conduta descrita como porte de “garrafas plásticas acima da quantidade permitida, além de vasilhas plásticas, fios confeccionados artesanalmente e um tubo de creme dental, todos utilizados para confecção de bebida alcoólica artesanal, dando uso diverso aos materiais apreendidos”

No entanto, essas condutas estão tipificadas, no Regimento Interno Padrão dos Estabelecimentos Prisionais do Estado de São Paulo, como sendo falta disciplinar de natureza média. Reconhecido pelo Tribunal de Justiça o excesso em execução, foi dado provimento ao recurso de Agravo para desclassificar a falta para natureza média.

Mas nem sempre isso ocorre. O que se viu nesse caso foi um esforço hercúleo da Defesa para ver o excesso de execução reconhecido. Somente após julgamento de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça é que o agravo foi conhecido e provido para julgar procedente o incidente de excesso em execução. E, ressalte-se, somente após 03 anos e 06 meses depois dos fatos. Até lá, o sentenciado se viu privado de seus direitos por ter anotado em seu prontuário a falta de natureza grave.

O que aqui se questiona é, toda e qualquer ordem dada pelos funcionários deve ser cumprida sob pena de falta disciplinar de natureza grave? Mesmo em se tratando de condutas eventualmente previstas como falta de natureza média ou leve?

Verifica-se que se pretende impor ao preso uma educação disciplinada, nos moldes das ideias militares, mas não se pode esquecer que o dever de obediência ao servidor público somente se verifica quando a ordem a ser cumprida emana da lei.

Cita-se, novamente, o projeto de lei PLS 513/2013, para alterar a Lei 7.210/84, em trâmite pelo Senado Federal, em regime de urgência desde março de 2017. Se aprovado, o artigo 50 sofrerá várias alterações, mas entre elas a revogação dos incisos IV (provocar acidente de trabalho) e VI (inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do Art. 39 desta Lei). Com a revogação do famigerado inciso VI certamente haverá uma severa redução no número de presos condenados por falta grave.

De acordo com o item 43 da exposição de motivos do projeto que é de suma importância a revogação deste inciso VI, uma vez que a definição de falta grave deve obedecer ao princípio da taxatividade e evitar toda expressão vaga ou mal definida.

Schmidt (2007a, p. 46-47), ao tratar da crise de legalidade na execução penal, entende que o artigo 50, inciso I, da Lei 7.210/84 atenta ao princípio da legalidade, ao mencionar que comete falta grave o condenado que “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina”. Segundo ele, “a amplitude da expressão ‘subverter a ordem ou disciplina’ é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via de argumentação, ser considerada falta grave”.

Assim, o “poder” dos agentes penitenciários passa a ser gigantesco frente aos condenados, que apenas têm que se limitar a fazer tudo que lhes é ordenado, ainda que não esteja a conduta expressamente prevista como um dever seu.

Segundo Tavares (2013, p. 62):

São vários os casos em que o preso sofre condenação administrativa por “desrespeitar” as ordens dos agentes penitenciários, como por exemplo, agachar tantas vezes quantas lhe for ordenado por ocasião de um procedimento de revista pessoal. Ou ainda, como se verificou nos autos da sindicância nº 193/2007, do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, em que se aplicou sanção disciplinar ao sentenciado que desobedeceu ordem ao “improvisar cadarços” para seu tênis, o que era proibido naquela unidade prisional.

Castilho (1988, p. 25), ao tratar do controle da legalidade na execução penal, ensina que:

O condenado, o recluso, possui um ‘status’ que engloba direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. (...) O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e da medida de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto.

Infelizmente, a não observância do princípio da taxatividade importa em graves prejuízos aos condenados.

Carvalho e Freire (2007, p. 278) relatam que:

Desde a edição da LEP em 1984 tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabavam por permitir ao agente penitenciário o uso de meta-regras em sua significação – v.g. incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou respeito com qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefas ou ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada serviu historicamente para o uso arbitrário para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais dos presos incômodos.

As faltas disciplinares relativas ao desrespeito aos servidores públicos, que na maioria dos casos são os agentes penitenciários, representam a maioria dos procedimentos disciplinares nas unidades prisionais de regime fechado. A relação entre agentes penitenciários e sentenciados está cada vez mais tensa, por diversas razões. Se, de um lado os condenados cumprem pena em situação de violação à dignidade humana, de outro lado estão os agentes penitenciários, que recebem baixos salários e, geralmente, trabalham em número reduzido de funcionários observando-se a constante superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Neste contexto, o limite de tolerância entre condenados e agentes penitenciários, é sempre muito baixo, o que ocasiona constantes “discussões” no ambiente prisional. Como os detentores do “poder disciplinar” são os agentes, condutas que poderiam ser consideradas insignificantes, acabam sendo punidas como falta disciplinar de natureza grave.

De forma alguma se defende a falta de punição em casos de falta disciplinar. Mas não se pode deixar de lado o fato de que, em muitos casos, a falta disciplinar poderia ter sido evitada se todos os direitos dos presos fossem assegurados.

Imagine-se uma penitenciária em que todos os direitos previstos na LEP são respeitados, designação de trabalho e sua remuneração, possibilidade de estudo, atendimentos médico e jurídicos adequados, recreação e prática esportiva, separação dos presos primários e reincidentes e, ainda, de acordo com o tipo de crime cometido. Quanto ao alojamento, celas com espaço adequado, ventilação suficiente e camas individuais. Para acrescentar, que os presos recebam sempre tratamento digno dos funcionários do sistema prisional.⁸

Nesse contexto imaginário (uma vez que a realidade é completamente diversa), o condenado até conseguiria vislumbrar uma possível reintegração social, aguardando com certa

⁸ A regra é que os presos precisam se revezar para dormir. Em quase todas as unidades prisionais há superlotação, o que faz com que os presos durmam no chão e até mesmo no banheiro, pois não há camas para todos. Nos Centros de Detenção Provisória de São Paulo é comum ter 4 ou 5 presos por cama. Ainda, quem trabalha no interior do sistema prisional sabe que os agentes de segurança penitenciária, não raras vezes, são ríspidos e grosseiros com os sentenciados, a quem chamam, genericamente, de “ladrão”. O tratamento, que deveria ser nominal, se limita a um número de matrícula no sistema prisional.

tranquilidade a provável progressão ao regime semiaberto. Certamente pensaria mil vezes antes de ser indisciplinado, pois teria muito a perder.

Ao contrário disso, os presos em regime fechado, na maioria dos casos, não possuem qualquer esperança de reinserção social. São tratados tão indignamente que somente a revolta ocupa a mente dessas pessoas, que vivem na ociosidade e sem qualquer perspectiva. O que ocorre é uma completa dessocialização.

Bechara (2011, 179) assevera que:

Examinando a realidade nacional da execução da pena privativa de liberdade (atualmente correspondente a quase meio milhão de indivíduos), depara-se, assim, com a existência de um sistema caótico e superlotado, em que os condenados são aglomerados em total desrespeito à dignidade humana e devolvidos, após um processo de plena dessocialização, ao meio livre para que logo em seguida voltem ao cárcere, em razão da prática de novos delitos.

Nesse contexto, a prática de falta disciplinar acaba sendo algo comum, até mesmo esperada. Com a violação sistemática dos direitos dos presos, parece contraditória a cobrança feroz dos deveres. Não se poderia punir um comportamento a que o próprio Estado deu causa.

2.5 Procedimento administrativo disciplinar

Com a prática da falta disciplinar, será instaurado procedimento administrativo, assegurado o direito de defesa e a decisão posteriormente encaminhada para o juiz, nos termos dos artigos 48 e 59 da Lei de Execução Penal.

No procedimento administrativo deve ser assegurada a ampla defesa, pois se trata de direito assegurado constitucionalmente, sendo que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Estabelece a Súmula 533 do STJ que:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Deste modo, deve ser garantido ao sindicado o direito ao contraditório e ampla defesa, com a indicação de defensor para acompanhar os atos do procedimento bem como

apresentar defesa em favor do condenado. No Estado de São Paulo, existe previsão no RIP (artigo 39 e 64, §2º), devendo ser o preso citado, com possibilidade indicar seu defensor constituído ou de ser-lhe nomeado defensor dativo.

Neste procedimento, o advogado acompanha a oitiva do preso e das testemunhas (na maioria dos casos apenas os próprios agentes que comunicam o fato, sejam eles testemunhas ou as próprias vítimas do fato) e, depois, elabora a defesa do sindicado. Após o relatório da comissão de sindicância, o diretor decide fundamentadamente pela absolvição ou condenação, aplicando, neste caso, as sanções previstas no artigo 53 da LEP, como se verá adiante.

Informação importante, e que não é mencionada nos livros jurídicos, constou na obra da socióloga Camila Caldeira Nunes Dias, resultado de sua tese de doutorado sobre o PCC (Primeiro Comando da Capital). Segundo ela, após pesquisa de campo em unidades prisionais, no preâmbulo metodológico, e em esclarecimentos sobre o setor de sindicância, relatou um pouco sobre o procedimento disciplinar, que se inicia com a comunicação de evento pelo funcionário e apura a falta disciplinar. Segundo Dias (2013, p. 65):

Esta apuração, de fato, visa apenas à definição da gravidade ou não da falta, que já é dada como certa. A apuração apenas ratifica o que o funcionário comunicou. De acordo com os funcionários do setor, seu poder é muito grande, já que uma das poucas coisas que o preso teme é a “canetada”, isto é, a inclusão das faltas disciplinares no seu processo, o que torna muito mais difícil a obtenção dos benefícios de progressão da pena.

Uma vez instaurado um procedimento disciplinar, raramente o sentenciado é absolvido administrativamente⁹. Pode ocorrer de ser o sindicado absolvido pelo juízo das execuções, através dos incidentes de excesso em execução, uma vez que o juiz pode afastar a aplicação da sanção disciplinar.

Lopes Júnior (2007, p. 383) defende a presunção de inocência na execução da pena, uma vez que “em relação a esses fatos supervenientes, o apenado continua protegido pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia de estado jurídico e de tratamento”.

⁹ Na maioria das vezes, todo o procedimento é feito apenas por agentes penitenciários. No Estado de São Paulo, muitos agentes penitenciários atuam também na área administrativa do estabelecimento prisional. Um agente presencia o fato e faz o comunicado de evento, são os agentes que secretariam e promovem o andamento do procedimento administrativo. O Diretor do estabelecimento apenas acolhe a manifestação do conselho disciplinar. A sensação é a de que o mesmo órgão denuncia, processa e condena, demonstrando-se um nítido processo inquisitivo. Ainda que se permita a manifestação da defesa, que tipo de prova se pode produzir contra a palavra dos funcionários?

Quando se trata da prática de crime doloso, que pelo artigo 52 será considerada falta grave, entende Marcão (2013, p. 70), que “não é necessário aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E salienta que “basta a *prática* do crime doloso”, porque revela o descaso do condenado com a disciplina a ser mantida no estabelecimento prisional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu por unanimidade, em 29 de agosto de 2014, a repercussão geral em matéria tratada no Recurso Extraordinário (RE) 776823, em que se discute a necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso.

A manifestação da Procuradoria Geral da República, em 18 de dezembro de 2013, é pelo provimento do Recurso Extraordinário nº 776.823 – RS nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. SANÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO INADEQUADA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

Até o presente momento não há julgamento definitivo do recurso com repercussão geral, mas ainda que se entenda que é desnecessário aguardar trânsito em julgado de condenação no processo de conhecimento eventualmente instaurado para apurar os fatos, não seria possível impor qualquer sanção disciplinar, nos termos da LEP, sem que haja o devido processo administrativo, com possibilidade de ampla defesa e contraditório.

O ideal seria que, para se evitar decisões conflitantes, o que ocorreria com a absolvição no processo de conhecimento e a condenação no procedimento administrativo, se aguardasse o deslinde do processo criminal, mas com a demora no julgamento dos processos, isso se torna praticamente impossível, diante da “necessidade” de punição do preso disciplinarmente.

O argumento pela desnecessidade de trânsito em julgado da condenação é o de que as consequências disciplinares não constituem sanções impositivas ao novo crime, mas sim pertinentes à execução da pena imposta pela condenação pelo crime anterior.

E são várias as hipóteses que a conduta dos presos é tipificada como crime doloso, como por exemplo, lesão corporal, ameaça, porte ou tráfico de drogas, desobediência a ordem legal, desacato. Em todos esses casos, embora exista crime, evidentemente não é suficiente a

apenas prática do crime. Por serem condutas que também ensejam punição administrativa, os fatos serão apurados no procedimento disciplinar que, posteriormente, será submetido ao juiz da execução. Por outro lado, é certo que, instaurado o procedimento criminal e condenado o sentenciado, não ocorrerá *bis in idem* em razão da punição administrativa.

Caso o sindicado seja absolvido o preso no processo criminal, dependendo do motivo da absolvição, o juiz da execução poderá afastar a punição administrativa. Observe-se que isto nunca ocorre automaticamente. O sentenciado deverá requerer, através de sua defesa, a instauração de incidente de excesso em execução, nos termos do artigo 185 da LEP e pedir para que seja afastada a condenação por falta grave e os efeitos dela decorrentes.

Em se tratando de falta de natureza leve ou média, não há previsão legal para comunicação ao juiz, uma vez que o artigo 48 somente faz menção às faltas graves. No entanto, ante a inafastabilidade da jurisdição, mesmo nesses casos o juiz pode rever a decisão administrativa, também por meio do incidente de excesso de execução.

2.6 Das sanções administrativas

São sanções previstas pelo artigo 53 da LEP: I- a advertência; II- repreensão; III- a suspensão ou restrição de direitos; IV- isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; e, por inciso acrescentado em 01 de dezembro de 2003 pela Lei 10.792, V- a inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Excetuada a inclusão no RDD, as demais (incisos I a III), podem ser aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento ao final do procedimento administrativo, nos termos do artigo 54 da LEP.

Advertência e repreensão se diferenciam apenas pelo fato de que a primeira é verbal e a segunda é feita por escrito, mas as duas devem ser anotadas no prontuário do sentenciado.

De acordo com o Regimento Interno Padrão de São Paulo (artigo 82, §,1º e §2º), a advertência verbal é aplicada às faltas leves e, se for o caso, nas faltas médias. Já a repreensão é aplicada aos casos de falta de natureza média, bem como para os reincidentes em falta de natureza leve.

A suspensão ou restrição de direitos somente se refere a determinados direitos do condenado, quais sejam, os previstos nos incisos V, X e VX do artigo 41 da LEP.

Primeiramente, pode ser suspenso ou restringido o direito à proporcionalidade na atribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação. Quando se trata de trabalho, não há que se falar em suspensão ou restrição do descanso, uma vez que não se pode exigir do

preso que trabalhe mais que oito horas por dia. Na realidade, trata-se de suspensão das atividades de recreação. Esta sanção tem prazo máximo de 30 (trinta) dias, que coincide com o prazo da sanção de isolamento celular, como se verá. Nesse período, o condenado ficará afastado do trabalho e isolado.

O segundo direito a ser suspenso ou restringido será o de receber visitas do cônjuge ou companheira, de parentes e amigos. Também é aplicada por até 30 dias e coincide com o período de isolamento celular.

Poderá, em terceiro lugar, ser objeto de suspensão ou restrição o contato com o mundo exterior. É certo que o condenado sempre poderá ser entrevistado por seu advogado, que não poder ter o acesso ao cliente limitado por esta sanção, nem mesmo pelo isolamento celular.

O isolamento celular, que consiste em ficar o sentenciado sozinho na própria cela ou em local adequado nos casos de alojamento coletivo, deverá sempre ser comunicado ao juiz, nos termos do artigo 58 e não poderá exceder a 30 (trinta) dias. Não poderá ser utilizada cela escura (artigo 45, §2º, da LEP).

Prevê a lei, ainda, a possibilidade de inclusão provisória no isolamento por até 10 dias, para a apuração do fato, período que será computado no caso de aplicada a sanção ao final do procedimento (art. 60 da LEP).

Sobre o isolamento celular, Freire (2005, p.99) aduz que:

Como se não bastassem os graves entraves engendrados pelo sistema de punições disciplinares ao pleno andamento do processo de execução, no que tange às faltas graves, introduziu-se no ordenamento jurídico um tipo de punição – isolamento celular – carregado de arbitrariedade. A restrição do ínfimo quinhão de liberdade que resta aos condenados, alijando-os do contato com o mundo além-cela, significa, antes de tudo, grave afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da garantia à integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLVII) e da proibição às penas cruéis.

Aplicado para os casos de falta grave, o isolamento geralmente vem acompanhado com a sanção de suspensão ou restrição de direitos, sendo que, enquanto isolado, é ainda mais restringida à liberdade de locomoção do preso.

A última espécie de sanção disciplinar é o regime disciplinar diferenciado (RDD). Embora chamado “regime”, não se confunde com os regimes prisionais que fazem parte da progressão de regimes, quais sejam, fechado, semiaberto e aberto.

Instituído pela Lei 10.792/2003, o RDD já era utilizado no Estado de São Paulo desde a Resolução nº 26 da SAP (de maio de 2001), e no Estado do Rio de Janeiro (desde dezembro de 2002) para conter os conflitos carcerários, muitos deles em que o Estado não conseguia controlar a atividade das facções existentes no sistema prisional. (Carvalho e Freire, 2007, p. 272-274)

Esta modalidade de sanção disciplinar é cabível somente nos casos especificados no artigo 52 da LEP. O artigo, com a atual redação, é confuso e de difícil inteligência.

Primeiramente, deve ser ressaltado que não é qualquer falta grave que permite a inclusão no RDD e sim aquela que se configura crime doloso e, neste caso, deverá ainda ocasionar a subversão da ordem e disciplina internas. Essa é a primeira situação de inclusão.

As duas outras estão previstas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 52 e são criticadas por conterem expressões dúbias que não atendem aos princípios da legalidade e taxatividade. Estabelecem esses dispositivos que estão sujeitos ao RDD: (§º1) os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e (§º2) o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Verifica-se, pela simples leitura dos dispositivos que os casos de inclusão estão longe de serem taxativos. Termos como “alto risco para a ordem ou segurança” ou “fundadas suspeitas” possibilitariam a inclusão de diversos condenados se não forem interpretados restritivamente.

Dispõe a LEP que o juiz da execução poderá determinar a inclusão após requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. Ainda nos termos do artigo 54, Ministério Público e defesa deverão ser ouvidos antes da decisão judicial.

As características do RDD estão previstas nos incisos I a IV do artigo 52, que se resumem no isolamento celular por até 360 dias, com possibilidade de repetição, visitas semanais de apenas duas horas (acrescente-se aqui a determinação regulamentar de que não há contato físico entre o condenado e seus visitantes - que ficam separados por vidros de proteção), e banho de sol por duas horas diárias.

Não se pode imaginar que um isolamento de 360 dias, em que o preso fica sozinho em uma cela por 22 horas diárias, seja benéfico a qualquer indivíduo. Ninguém consegue ficar tanto tempo isolado sem que tenha afetada sua capacidade mental. Se a intenção do Estado é

“neutralizar” o condenado “perigoso”, certamente o resultado será com o fim do propósito de reinserção social.

Para Carvalho e Freire (2007, p. 277):

o isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo em sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais.

Para Bechara (2011, p. 185), o RDD é apenas uma medida simbólica do Estado:

Sob aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, na nova norma penal invade de forma ilegítima a fase executória da pena privativa de liberdade, inaugurando um novo tipo de regime carcerário, de absoluto rigor que rompe a lógica disciplinar executória. Como iniciativa de cunho punitivista-instrumental que busca demonstrar ao público segurança e severidade, a despeito do caos que assola o sistema prisional brasileiro, o Regime Disciplinar Diferenciado tem levado os presos a ele submetidos a quadros psiquiátricos graves e irreversíveis, bem como à depressão e até mesmo ao suicídio.

Ainda o Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo emitiu parecer no sentido de que “o Regime Disciplinar Diferenciado tem se mostrado totalmente ineficaz, além de reproduzir e perpetuar sofrimento psíquico, afrontando diretamente os Direitos Humanos e os princípios éticos e técnicos da Psicologia como Ciência e Profissão”. (2015, p. 14)

Embora de constitucionalidade duvidosa, o RDD vem sendo aplicado regularmente, mas não em larga escala.

No Centro de Readaptação de Presidente Bernardes, hoje com 120 vagas para homens e 40 para mulheres, no dia 07 de julho de 2017, contava com 64 homens e 01 mulher em regime disciplinar diferenciado, conforme informações obtidas no site da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP, 2017, web).

O que sempre se verificou, desde a criação do RDD, é que nunca houve lotação das vagas e, recentemente, foram criadas vagas para o sexo feminino também. Uma das quatro alas do Centro de Readaptação de Presidente Bernardes foi transformada em feminina em setembro de 2015. Até então, apenas os detentos do sexo masculinos eram incluídos no RDD.

Apesar da evidente inconstitucionalidade, pela violação ao princípio da humanidade, os Tribunais Superiores vêm permitindo a inclusão dos presos em regime disciplinar diferenciado, em confinamento solitário de 22 horas diárias.

No entanto, com as Regras de Mandela (2015), uma das mais importantes mudanças é a definição, pela primeira vez, de um prazo máximo para o confinamento solitário. Nas Regras Mínimas de 1955, o isolamento era permitido, sem limite de tempo, com o aval de um médico. Conforme as Regras de Mandela, trata-se de uma punição excepcional que não pode ser aplicada em nenhuma hipótese por mais de 15 dias consecutivos. Pela LEP, o limite estabelecido é de 360 dias, até o limite de 1/6 da pena, mas sem prejuízo de nova sanção.

Espera-se, com as novas regras internacionais, que haja uma mudança de postura dos Tribunais Superiores ou até mesmo a modificação dos termos da LEP sobre o RDD.

Ainda sobre as sanções disciplinares, outra questão importante é a vedação de sanção coletiva, nos termos do artigo 45, §2º. Assim, não se podem punir todos os sentenciados de uma cela, ou de um pavilhão habitacional sem que se especifique a conduta individualizada de cada um deles no evento. Do mesmo modo que, encontrado um aparelho de telefone celular no interior da cela, não poderiam todos os habitantes da mesma, serem condenados sem que houvesse prova da participação de todos.

Quando os atos de indisciplina forem praticados por visitantes, existe previsão constante no Regimento Interno Padrão (Resolução SAP/SP nº 144/2010), que os visitantes podem incorrer em advertência escrita, suspensão temporária da autorização para entrada na unidade prisional ou cassação da autorização para entrada da unidade prisional, nos termos do artigo 131.

A cassação da autorização para entrada em qualquer unidade prisional é punição extremamente severa, vez que, em sendo longa a pena a cumprir pelo sentenciado, ficará até o final da pena sem possibilidade do recebimento da visita, que pode ser seu cônjuge ou genitor.

2.7 Do reconhecimento da decisão administrativa pelo juiz da execução

As faltas de natureza médias e leves não precisam ser comunicadas ao juiz da execução e não há qualquer controle judicial sobre as sindicâncias delas decorrentes, salvo nos casos em que a Defesa apresenta incidente de excesso em execução para a revisão ou anulação do processo administrativo.

Em se tratando de falta disciplinar de natureza grave, após a decisão administrativa, deverá ser o procedimento encaminhado para o juiz da execução, nos termos do que determina o artigo 48, parágrafo único, da LEP.

Assim, poderá o juiz, analisando o procedimento, rever a situação do condenado, não ficando limitado ao que foi decidido administrativamente. Deste modo, poderá absolver o condenado ou desclassificar a natureza da falta para média ou leve.

Destarte, embora necessário e indispensável o controle da disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais, deve o juiz da execução estar atento a possíveis casos em que há excesso por parte da administração. Não se pode permitir uma sanção administrativa arbitrária ou desproporcional à conduta do preso.

Alguns comportamentos são insignificantes e ainda assim são tidos como falta de natureza grave. Deve o juiz, pois, estar atento aos princípios da proporcionalidade e da presunção (ou estado) de inocência.

O que se verifica é que, infelizmente, impera o poder da administração, uma vez que os juízes geralmente se limitam a homologar a decisão administrativa, sem discutir seu mérito.

Quando isso ocorre, às vezes meses depois do fato, o sentenciado já cumpriu a sanção disciplinar imposta nos termos do artigo 53 da LEP.

Caso o juiz, homologando a decisão administrativa, reconheça que o condenado cometeu falta disciplinar de natureza grave, determinará sua anotação no processo de execução e, se for o caso, procederá nos termos do artigo 48 da LEP, que faz referência aos artigos 118, I (regressão de regime); 125 (revogação de saída temporária); 127 (perda de até 1/3 dos dias remidos); e 181 (conversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade).

Deste modo, estando o sentenciado em regime semiaberto, a prática de falta grave implicará em sua regressão (artigo 118, I, da LEP), bem como a revogação da saída temporária, se estiver usufruindo este benefício (artigo 125 da LEP).

Tendo o condenado dias remidos ou a remir, a prática de falta grave implicará na perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, nos termos do artigo 127 da LEP.

Deste modo, ao preso que cumpre pena em regime fechado, a única consequência prevista na LEP para a falta disciplinar de natureza grave será a perda de até 1/3 dos dias remidos.

A questão da perda dos dias remidos em razão de falta grave sempre foi tormentosa. A redação original do artigo 127 da LEP determinava a perda de todos os dias remidos, o que

tinha constitucionalidade duvidosa, em razão do direito adquirido, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal.

Para por fim às divergências jurisprudenciais, entendeu por bem o Supremo Tribunal Federal editar, em 20/06/2008, a Súmula Vinculante 9, dispondo que o artigo 127 era constitucional. Ou seja, passou a ser obrigatória a perda de todos os dias remidos em razão de falta de natureza grave.

Em 29/06/2011 a LEP foi alterada pela Lei 12.433 constando nova redação ao artigo 127, no sentido de que podem ser perdidos até 1/3 dos dias remidos. Assim, é possível verificar o respeito aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Ou seja, de acordo com cada caso em concreto, o juiz irá determinar a “punição” do sentenciado que cometer falta grave, podendo decretar a perda de apenas um dia remido e até o máximo de 1/3 do total.

Veja-se que o legislador veio a corrigir evidente injustiça que se operava na execução penal. Qualquer que fosse a falta e não importando quanto tempo o condenado já tivesse trabalhado, perderia ele o direito a todo o tempo remido, o que poderia representar meses e anos de trabalho.

A nova redação do artigo 127 da LEP, por ser favorável ao condenado, teve efeitos retroativos, com o restabelecimento, pelos juízes da execução das remições que haviam sido perdidas.

Nesse caso, a Súmula Vinculante 9, embora ainda não tenha sido cancelada ou revisada, passou a ter uma aplicabilidade parcial, no sentido de que continua sendo possível a perda de parte dos dias remidos.

Na mesma decisão em que homologa a decisão administrativa e determina a perda de até 1/3 dos dias remidos, os juízes usualmente determinam a interrupção do lapso temporal para benefícios, fazendo constar que a partir da falta será reiniciada nova contagem.

Ainda que o juiz tenha reconhecido a falta, é certo que a defesa, entendendo ser o caso, poderá pleitear, através do incidente de excesso em execução, previsto no artigo 185 da LEP, que a falta seja desconsiderada ou desclassificada.

Nesse ponto, é importante a atuação da defesa, em especial após o contato pessoal com o preso que, muitas vezes se encontra indignado com a sanção disciplinar que lhe foi imposta e deseja que os fatos sejam reapreciados pelo juiz, o que pode ser feito através do incidente de excesso em execução.

Lopes Júnior (2007, p. 380), esclarece que “a garantia da jurisdição é absolutamente crucial e não podemos prescindir dela no processo de execução, momento em que se dá a

expição, com elevado custo e inúmeros incidentes que exigem a intervenção do órgão jurisdicional”.

Considerando a natureza jurisdicional da execução penal e uma leitura constitucional dos direitos do preso, Schmidt (2007b, p. 263), defende a jurisdicionalização do procedimento disciplinar, nos seguintes termos:

O principal efeito da constitucionalização do processo disciplinar, contudo, é o reconhecimento de sua natureza jurisdicional. Considerando-se que a sanção imposta no referido processo, de uma maneira geral, terá a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, não parece possível autorizarmos que tal restrição seja determinada por uma autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional), recaindo sobre o juiz um mero poder homologatório do processo, como ocorre nos dias atuais.

E Schmidt propõe, de *lege ferenda*, um projeto de lei determinando que o processo disciplinar tramite em juízo, perante a Vara de Execução Penal.

No Estado de São Paulo essa proposta iria causar um tumulto generalizado nas Varas de Execução, tendo em vista o imenso número de presos e a grande incidência de faltas disciplinares. Mas, certamente iria diminuir os excessos praticados pelos funcionários. Ao lado disso, seria preciso uma revisão no rol de faltas graves, com observância dos princípios da legalidade (e taxatividade).

Em 07 de abril de 2017 o STF, em julgamento do Recurso Extraordinário 972.598, acolheu a repercussão geral, Tema 941: “Possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor”.

Veja-se que, neste caso, haveria uma substituição do procedimento administrativo pela oitiva do preso e seu defensor em audiência judicial. Em alguns casos isso até seria possível, mas diante do volume de trabalho da maioria das Varas de Execuções Criminais, ainda que o STF dê provimento ao recurso e adote essa tese como repercussão geral, acredita-se que não haverá mudança significativa no panorama atual.

2.8 Da prescrição da falta disciplinar

Praticada a conduta considerada infração disciplinar, deve ter o Estado um prazo para finalizar o processo administrativo e aplicar sanção ao condenado, sob pena de prescrição. A

prescrição consiste na perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva após o decurso de determinado período de tempo.

No entanto, a LEP não dispõe sobre o processo administrativo nem sobre o prazo prescricional da falta disciplinar. Esta matéria deveria ser regulada por Lei Estadual.

Em razão disso, há diversos entendimentos sobre qual seria o prazo de prescrição para as faltas disciplinares.

Existem julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo adotando o entendimento de Guilherme Souza Nucci, no sentido de que o juiz, por analogia ao Estatuto dos Servidores Públicos da União (Lei 8.112/90), deve reconhecer a falta em até 180 dias, sob pena de prescrição. Isto porque, na ausência de previsão na LEP sobre a prescrição, tratando-se de condenação administrativa, não se deve utilizar por analogia o Código Penal com seu menor lapso temporal para a prescrição (03 anos) e sim a prescrição das faltas administrativas em geral.

Nesse sentido, Agravo de Execução Penal nº 0269358-88.2011.8.26.0000, julgado em 17 de abril de 2012, com a seguinte Ementa:

Agravo em execução. Falta disciplinar de natureza grave. Prescrição. Aplicação analógica do Estatuto dos Servidores da União. Prazo de 180 dias. Lapso transcorrido entre a instauração do procedimento disciplinar e a decisão que reconheceu a falta. Agravo provido.

Ainda:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Falta Grave. Apreensão de substância entorpecente em poder da amásia do sentenciado ocorrida em 08/04/2012. Pleiteia a absolvição quanto à falta grave por ausência de provas ou porque a droga se destinava ao seu próprio consumo. Análise do mérito recursal prejudicada. Reconhecimento da PRESCRIÇÃO. Aplicação analógica do Estatuto dos Servidores da União. Prazo de 180 dias. Operou-se a prescrição entre a data da instauração da sindicância e a da decisão que considerou a falta grave, nos termos do artigo 142, inciso III e § 2º da Lei nº 8.112/90. Agravo provido. (TJ-SP - EP: 0180674-22.2013.8.26.0000 SP 0180674-22.2013.8.26.0000, Relator: Paulo Rossi, Data de Julgamento: 12/02/2014, 12ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/02/2014)

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo uma analogia à prescrição prevista no Código Penal utiliza o artigo 109, inciso VII, para estabelecer o lapso em 03 anos, que equivale ao menor prazo prescricional previsto para as infrações penais.

Nesse sentido, cita-se o *Habeas Corpus* nº 326.504-SP, julgado em 24 de setembro de 2015, tendo como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com a seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. AGRAVO EM EXECUÇÃO. (1) FALTA GRAVE. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (2) *WRIT A QUE SE NEGA SEGUIMENTO*.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prazo prescricional para aplicação de sanção administrativa disciplinar decorrente do cometimento de falta grave é de três anos, consoante o disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/2010, contados entre o cometimento da falta e a decisão judicial que homologou o procedimento administrativo instaurado para sua apuração. Precedentes.
2. *Writ a que se nega seguimento*.

No Estado de São Paulo há estabelecimentos prisionais (Penitenciárias e Centros de Detenção Provisória) que demoram meses, às vezes mais de um ano, para concluir os processos administrativos disciplinares¹⁰.

O Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais de São Paulo estabelece em seu artigo 77 que a extinção da punibilidade ocorre em dois anos a contar da ciência do fato pela autoridade administrativa (SAP, Resolução nº 144, 2010).

O Código Penitenciário de Pernambuco (LEI nº 15.755/2016), com propriedade, estabelece prazos prescricionais diferentes de acordo com o tipo de falta disciplinar. Veja-se:

Art. 150. A prescrição da pretensão punitiva ou executória da punição disciplinar ocorrerá:

- a) nos casos de infrações de grau leve, em 6 (seis) meses;
- b) nos casos de infrações de grau médio, em 1 (um) ano;
- c) nos casos de infrações de grau grave, em 3 (três) anos.

Acredita-se que deveriam os Estados estabelecer, através de Lei, a exemplo do Estado de Pernambuco, normas para o procedimento administrativo, impondo prazos para o encerramento das sindicâncias, evitando-se que o condenado fique por vários meses, ou até anos, aguardando uma punição disciplinar que acaba se tornando mais grave que a pena

¹⁰ Cita-se, como exemplo, a Execução Penal nº 0002339-47.2016.8.26.0041, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

imposta. Em Pernambuco, enquanto o procedimento não for concluído, o preso não poderá ter prejuízo na conduta carcerária.

No Estado de São Paulo, enquanto não se define o processo disciplinar, sua conduta ficará prejudicada, o que pode ser impeditivo para a concessão de benefícios na execução penal, uma vez que se exige o atestado de bom comportamento carcerário.

De acordo com o projeto para alteração da LEP (PLS nº 513/2013), “ocorrerá a prescrição se o procedimento administrativo concluído não for submetido à análise judicial no prazo de 180 dias a contar da falta ou recaptura”, de acordo com a redação sugerida para a inclusão de §2º ao artigo 59 da LEP.

A aprovação desse projeto de lei certamente vai demandar que os Estados, principalmente o de São Paulo, que possui o maior número de presos no país, tomem medidas para acelerar o julgamento das sindicâncias, sob pena de ser extinta a punibilidade na maioria dos casos de falta disciplinar.

Diante da gravidade das consequências da falta disciplinar, as questões referentes ao procedimento administrativo não podem ser deixadas de lado, seja nos casos em que há violação dos princípios que regem a execução penal ou mesmo em face da demora na conclusão dos procedimentos, com evidente prejuízo aos sentenciados e aos fins a que se destina a pena privativa de liberdade.

Em levantamento feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, encontram-se diversos dados sobre a disciplina no interior das unidades prisionais de todo o país. Apresenta a visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, agregando os dados colhidos por promotores de Justiça e procuradores da República em 2014 e 2015, por ocasião das regulares inspeções carcerárias. O relatório confirma as graves deficiências estruturais do sistema prisional, a superlotação carcerária e condições desumanas de custódia, demonstrando um quadro alarmante, que tem impingido ao país a nódoa da violação de direitos fundamentais. (CNMP, 2016, p. 17)

Percebe-se que há diversos estabelecimentos prisionais no país que sequer instauram o procedimento administrativo (130 unidades), muitos estabelecimentos em que, assumidamente, aplicam sanções coletivas (111 unidades) e, o que é pior, lugares onde não se assegura o direito de defesa (33 unidades), além de se aplicar a sanção disciplinar sem ato motivado (40 unidades), como se vê nos quadros a seguir. (CNMP, 2016, p. 67-69 e 156)

1.12. DISCIPLINA

Quadro 18: Quantidade de unidades com registro de imposição de sanção disciplinar, registro de imposição de sanção disciplinar com anotação do prévio procedimento disciplinar, com sanção disciplinar sem instauração do respectivo procedimento disciplinar e as quais toda notícia de falta disciplinar enseja a instauração de procedimento por região, 2015.

Estados	Unidades com registro de imposição de sanção disciplinar		Unidades com registro de imposição de sanção disciplinar com anotação do prévio procedimento disciplinar		Unidades com sanção disciplinar sem instauração do respectivo procedimento disciplinar		Unidades em que toda notícia de falta disciplinar enseja a instauração de procedimento	
	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não
CENTRO-OESTE	155	79	135	12	17	127	06	62
NORDESTE	102	200	134	30	36	137	76	95
NORTE	115	44	93	14	19	07	53	53
SUDESTE	397	03	367	23	39	351	319	72
SUL	167	16	151	11	19	143	100	55
BRASIL	1.016	422	880	98	130	845	642	337

Fonte: SIP-MP (13/09/2016), Resolução CNMP nº 56.

Quadro 19: Quantidade de unidades que possuem sanções coletivas, que aplicam a cela escura como sanção disciplinar, que observam o direito de defesa do preso e em que o ato que determina a aplicação da sanção disciplinar é motivado por região, 2015.

Estados	Unidades que possuem sanções coletivas		Unidades que aplicam a cela escura como sanção disciplinar		Unidades que observam o direito de defesa do preso		Unidades em que o ato que determina a aplicação da sanção disciplinar é motivado	
	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não
CENTRO-OESTE	27	120	1	144	141	7	137	0
NORDESTE	20	144	6	163	153	16	153	15
NORTE	13	94	5	100	106	2	102	2
SUDESTE	30	350	6	373	379	7	371	12
SUL	5	157	3	150	162	1	154	3
BRASIL	111	865	21	938	941	33	917	40

Fonte: SIP-MP (13/09/2016), Resolução CNMP nº 56.

É neste contexto caótico que se pretende demonstrar a inconstitucionalidade da Súmula 534 do STJ, que determina a interrupção do lapso temporal para progressão de regime em caso de falta de natureza grave.

CAPÍTULO 3 - DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PELA SÚMULA 534 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 15 de junho de 2015 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 534, nos seguintes termos: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

A discussão a respeito das consequências da prática de falta grave pelos condenados à pena privativa de liberdade já é antiga, tendo o STJ, em 13 de maio de 2010 publicado a Súmula 441, que dispõe que: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

Resta saber se a Súmula 534 do STJ possui respaldo constitucional, pois se vislumbra a violação aos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena. Poderia o Poder Judiciário exigir um requisito para a progressão de regime não previsto em lei?

Serão analisadas neste capítulo, após breve explanação sobre o ativismo judicial na execução penal, as regras para a progressão e regressão de regimes prisionais, para se entender os efeitos desta Súmula na execução da pena privativa de liberdade.

3.1 Ativismo judicial na execução penal

Muito se discute acerca do ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário no Brasil vem apresentando uma posição claramente ativista. Faremos uma breve análise de situações de possível ativismo judicial na execução penal.

Pode-se definir ativismo judicial como a postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Não existe consenso entre os estudiosos do Direito quanto à definição do termo “ativismo judicial”. Cita-se como origem a postura ativista da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que criou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

Verifica-se, atualmente, uma confusão conceitual entre “ativismo judicial” e o fenômeno de “judicialização da política”.

A judicialização da política decorre, em grande parte, do mau funcionamento do sistema político. As falhas dos poderes executivo e legislativo fazem com que o Poder

Judiciário seja chamado a decidir sobre questões que deveriam ser resolvidas fora do âmbito judicial. São questões de ordem político-sociais que acabam sendo judicializadas em razão do aumento da litigiosidade e por não terem sido resolvidas no âmbito político (Legislativo e Executivo).

Contribui para a judicialização o desprestígio dos agentes públicos, que corriqueiramente se envolvem em casos de corrupção, ao lado do fato de que não prezam pela eficácia dos direitos fundamentais, fazendo com que o Poder Judiciário seja o palco para a solução desses conflitos. Cita-se como exemplo as ações visando o fornecimento de remédios de alto custo.

A esse respeito, relata Cambi (2008, p. 98) que:

O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

A partir do momento em que o cidadão precisa se socorrer do Poder Judiciário para implementar um direito constitucionalmente assegurado, cuja prestação poderia e deveria ter sido prestada pelo poder executivo, como no exemplo dos medicamentos, entende-se que se trata de judicialização. Isto não representa um *mal em si*. Ela pode se tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea.

Se existisse um bom funcionamento do sistema político, haveria um menor índice da judicialização.

Discute-se a obediência necessária ao princípio da separação dos poderes. Mas, por outro lado, também é princípio constitucional a inafastabilidade da jurisdição. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Desse modo, em sendo violado um direito fundamental, seja pela inércia ou pela atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo, o cidadão pode pleitear ao Poder Judiciário que exerça a jurisdição para o fim de efetivar o direito assegurado constitucionalmente.

Outro ponto a ser observado é o fato de que, quando existem normas infraconstitucionais a respeito do direito a ser pleiteado e essas normas não são cumpridas pelos demais poderes, a atuação do Poder Judiciário será típica e não pode ser considerada

como ativismo. Ou seja, existe a previsão legal para a implementação do direito, que é apenas descumprida pela administração.

Mas é importante frisar a diferença entre ativismo e judicialização. Vejamos:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

No entanto, a implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, pode ser considerada como ativismo judicial, algo que não é aceito pela doutrina e jurisprudência justamente por violar a repartição dos poderes.

Segundo os ensinamentos de Barroso (2012, p. 25-26):

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Apesar da crítica ao ativismo judicial, muitos dos casos em que se diz ter havido ativismo são na realidade casos de judicialização da política e, no contexto sócio-político atual do Brasil, não é possível cogitar de efetivação de direitos sociais sem a intervenção do Poder Judiciário. O fato é que, apesar das críticas há situações em que o ativismo judicial é plenamente justificável.

Por outro lado, deve ser levado em consideração que, em se tratando dos direitos da dignidade da pessoa encarcerada, existem várias disposições legais, além das que estão expressas na Constituição Federal, sobre as condições mínimas para o tratamento penitenciário.

O julgado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 592.581 foi no sentido de que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral. Tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul para que este promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reformando a decisão de primeira instância, negou o pedido do MPE-RS, por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração”.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no RE 592.581, aduziu que:

existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema. (Recurso Extraordinário nº 592.581)

Fica evidenciado no voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski sua preocupação em deixar claro que não se está, com essa decisão, invadindo a seara administrativa, que seria considerada por muitos como ativismo judicial. Veja-se o teor do item 18 do Voto.

“18. Limites à prestação jurisdicional

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em

um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “*impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada*”.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.”

Interessante também a menção ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que assim aduziu:

Há três perguntas envolvidas neste caso. A primeira é se o Judiciário pode ou não intervir em situações como essa. A segunda é qual é o papel da cláusula da reserva do possível em situações como esta. E a terceira é: em se entendendo que o Judiciário possa intervir, que tipo de intervenção é legítima ao Judiciário nessas situações.

E a resposta a essas perguntas foram, resumidamente, nos seguintes termos: à primeira pergunta, respondeu o Ministro Barroso que o Poder Judiciário não só pode como deve intervir no caso de determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana. Esclareceu que as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Que a judicialização, quando ela ocorre – como é o caso do julgado –, não substitui a política. Mas que em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. Que o STF está atuando para proteger os direitos de uma minoria (os presos) e porque Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria.

Sobre a questão do papel da cláusula da reserva do possível neste caso, aduziu o Ministro Luís Roberto Barroso que esta não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Mas, com brilhantismo, asseverou o Ministro que “a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos”.

Mas o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. (Barroso, voto no RE 592.581)

Por fim, quando fala de que tipo de intervenção seria possível ao Poder Judiciário nessas situações, o Ministro Barroso é claro em afirmar que, no caso dos autos, a solução apontada pelo Relator seria a correta, porque já havia uma solução de reforma do presídio apontada nos autos e que não foi executada pelo Governo. Mas esclarece ele que, em outros casos, não competirá ao Poder Judiciário determinar como se dará esta ou aquela reforma. Para Barroso:

o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário - isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: "há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano"; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais.

(...)

Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho - diagnóstico, projeto e monitoramento da execução -, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que era preciso fazer, qual obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré-traçado. Assim, considero que esta era uma situação excepcional, uma situação emergencial para a realização de uma obra pontual e não para uma reforma sistêmica. (BARROSO, voto no RE 592.581)

Algumas considerações podem ser feitas sobre esse julgado. Sem sombra de dúvidas, não se tratou de ativismo judicial.

Primeiro porque as regras sobre o tratamento adequado, que deveria ter sido dispensado aos detentos, já estavam previstas na legislação. Bastava o seu cumprimento. As condições mínimas de salubridade das penitenciárias e casas do albergado estão previstas na Lei de Execução Penal, em conformidade com o disposto na Constituição Federal. Sem contar

as regras dispostas nos tratados internacionais (atualmente as denominadas Regras de Mandela).

Segundo porque o Poder Judiciário tem o dever de zelar pelo regular cumprimento da pena privativa de liberdade, inclusive interditando estabelecimento prisional que estiver funcionando em condições inadequadas, nos termos do artigo 66 da Lei de Execução Penal. Ademais, porque já havia, nos autos da Ação Civil Pública, laudos e orçamentos sobre a reforma de deveria ter sido executada pelo Estado.

Não se tratava, portanto, de discricionariedade do administrador, ou ainda, de política pública a ser implementada, mas sim de observâncias aos dispositivos legais sobre os estabelecimentos prisionais. Até porque, como constou no julgado, “No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Veja, não foi o caso de determinar ao Executivo a construção de estabelecimento prisional, como até seria justificável em várias circunstâncias no Brasil, pela evidente superlotação e pela falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento das penas em regimes semiaberto ou aberto, por exemplo.

O que o STF determinou, através do julgado no RE 592.581, e pela tese formulada em razão da repercussão geral, é que “É lícito ao Judiciário impor à administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral”.

Medidas ou obras emergenciais, ao que parece, e de acordo com a fundamentação do julgado, não poderão ser confundidas com implementação de políticas públicas. Trata-se, portanto, de judicialização da política, o que é absolutamente aceitável em nosso contexto sócio-político atual.

O que se verifica no Brasil, e isto restou comprovado por relatórios e mencionado na decisão do STF na ADPF 347, é que existe uma situação de calamidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, que acabam sendo considerados “verdadeiros depósitos de pessoas”, ferindo afrontosamente a dignidade da pessoa humana, o que justifica a intervenção do Poder Judiciário.

No entanto, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser considerada como ativismo judicial. Streck (2016, web) afirmou ser uma nova forma de ativismo, asseverando que, em uma democracia, a escolha por políticas públicas deve ser do Executivo,

eleito para isso. E afirma: “Ademais, embora a simpatia intrínseca da e pela tese (afinal, há algo mais contra a CF do que os presídios?), parece evidente que o ECI ameaça o princípio da separação dos poderes”.

No entanto, a postura ativista do Poder Judiciário no contexto do sistema prisional parece válida, uma vez que evidente o descumprimento dos preceitos constitucionais.¹¹

Mas não se pode permitir que juízes atuem além de sua função típica, legislando, uma vez que não foram eleitos pelo voto popular.

Na seara penal, uma coisa é declarar a inconstitucionalidade de atos normativos ou dar efetividade a um comando constitucional, atuando na defesa do cidadão, caso em que se vê o mérito do ativismo judicial. Outra coisa seria a criação de requisito não previstos em lei para a progressão de regime, restringindo os direitos do condenado, como se vê na Súmula 534 do STJ. Embora por vezes seja necessário, o ativismo judicial pode se tornar perigoso.

3.2 Da progressão e regressão de regime

Adotado o sistema progressivo na reforma penal de 1984, na parte geral do Código Penal encontram-se as disposições gerais sobre os regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto). Na LEP, também de 1984, com diversas alterações posteriores, encontram-se as disposições sobre a progressão e regressão de regime.

Assim, determinam os artigos 33 a 36 do Código Penal as regras de fixação do regime inicial de cumprimento da pena por ocasião da sentença condenatória, bem como as regras básicas dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Por progressão entende-se a possibilidade de o condenado, após o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo, ser transferido de um regime mais severo para um regime mais brando (artigo 112 da LEP). Haverá regressão quando o condenado for transferido de um regime mais brando para qualquer dos regimes mais severos (artigo 118 da LEP).

¹¹ Meda e Bernardi (2016, p. 31), entendem que “Por meio do rotulado ativismo judicial, os juízes deixaram de lado o papel de legislador negativo e passaram a atuar como verdadeiros legisladores, ativos, implementando normas capazes de fazer valer os ditames da Constituição Federal. Desvios ocorreram, é verdade, e o propalado ativismo deixou de ser a tábua de salvação dos oprimidos, já que o conteúdo de determinações verticais impostas a uma canetada em muitos casos tornou-se impossível de cumprimento, haja vista as limitações materiais para o atendimento de ordens emanadas de um Judiciário que apenas mandava, sem se preocupar como seria operacionalizado, na prática, o conteúdo mandamental do decidido. Nesse momento, surge a doutrina do “estado de coisas inconstitucional”, que busca superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. É o já conhecido ativismo judicial, mas agora em seara estrutural e não tão somente material.”

O Código Penal preceitua em seu artigo 33, § 2º, que: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado [...]”. Do mesmo modo dispõe o artigo 112 da LEP, como se verá adiante.

Por meio do sistema progressivo, visa-se preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao condenado uma crescente dose de responsabilidade.

Estando preso em regime fechado, o sentenciado deverá cumprir os requisitos para a progressão e passar a cumprir pena em regime semiaberto. Após cumprir novamente os requisitos, poderá pleitear nova progressão, desta vez para o regime aberto. Por estabelecer o artigo 112 da LEP que o condenado deverá cumprir “ao menos um sexto no regime anterior”, entende-se que a progressão por saltos é vedada. A progressão deve ser executada de forma progressiva, com a transferência para o regime imediato menos rigoroso, não sendo possível progredir diretamente do regime fechado para o regime aberto.

Marcão (2013, p. 168) explica que não se admite a progressão por salto “mesmo na hipótese de já ter cumprido o condenado tempo de pena suficiente no regime fechado”.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema na Súmula 491, entendendo que “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”.

No entanto, caso o condenado obtenha a progressão, e no período em que está aguardando sua remoção para estabelecimento adequado, cumpra 1/6 do restante da pena que lhe foi imposta, poderá ser beneficiado com o regime aberto, sem que tenha “vivenciado” o regime intermediário. Isto porque não pode ser prejudicado pela falta de vagas no sistema prisional.

Seria ainda melhor se houvessem as casas do albergado, para que o regime aberto não fosse sempre o chamado PAD (prisão albergue domiciliar).

A ineficácia do Estado, seja pela demora na concessão dos benefícios, seja na inexistência de estabelecimentos penais adequados ao semiaberto e ao regime aberto, apenas prejudica as finalidades de prevenção especial e geral da pena privativa de liberdade.

A reinserção social fica prejudicada pela falta de colônias agrícolas ou industriais para o semiaberto (no Estado de São Paulo existem as chamadas “Ala de Progressão”, que possuem a mesma estrutura do regime fechado, mas permitem que o preso usufrua da saída temporária), observando-se que o condenado não se sujeita adequadamente ao tratamento penitenciário que se pretende oferecer, através da educação e do trabalho.

E, com a ausência de casas do albergado, estabelecimento previsto no artigo 93 da LEP para o cumprimento da pena em regime aberto, prejudica-se a finalidade de prevenção geral da pena. O fato de ficar o condenado em regime aberto cumprindo pena em regime domiciliar, sem adequada vigilância do Estado, certamente causa na sociedade uma sensação de impunidade.

Constada a inexistência de Casas do Albergado em todo o país, o projeto para alterar a LEP – PLS nº 513/2013, determina a revogação dos artigos 93 a 95, e estabelece que o regime aberto será cumprido em recolhimento domiciliar, com possibilidade de monitoração eletrônica a ser determinada pelo juiz e com cumprimento, cumulativo de outra pena restritiva de direitos, determinando a prestação de serviços à comunidade no período inicial de cumprimento.

Enquanto não há reforma da lei, os condenados não podem ser prejudicados pela falta de estrutura do Estado, devendo ser progredidos de regime independente da existência ou não de estabelecimento adequado.

3.3 Requisitos para a progressão de regime

Desde 1990, com a edição da lei dos crimes hediondos, ocorreram diversas alterações relativas à progressão de regime.

Além do aumento da criminalidade em geral, a determinação de que as penas, em caso de condenação por crime hediondo ou equiparado, fossem cumpridas integralmente em regime fechado, permitindo-se apenas o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena (caso o condenado não fosse reincidente específico em crimes dessa natureza) fez aumentar drasticamente o número de presos em regime fechado.

Somava-se a isso a existência na redação original do artigo 112 da LEP da previsão de realização do exame criminológico para a progressão, o que tornava ainda mais lenta e difícil a concessão da progressão, já que os exames demoravam meses para serem elaborados e os benefícios eram indeferidos ante qualquer elemento negativo encontrado nos laudos.

Em 2003 a LEP foi alterada para abolir a exigência do exame criminológico. Com essa alteração, por um tempo viu-se uma melhora no quadro prisional, já que os benefícios de progressão eram concedidos com maior celeridade e apenas com o atestado de boa conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. Mas isso foi tão criticado pelo Ministério Público que, passados alguns anos, decidiram os Tribunais Superiores ser

admissível a realização do exame criminológico, quando fundamentada a necessidade pelo juiz no caso em concreto.

Em 2006, após 16 anos de entendimento do STF de que a vedação da Lei dos Crimes Hediondos era constitucional, houve o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 onde se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à progressão. A ordem foi concedida pelo Plenário num caso em concreto, no controle difuso de constitucionalidade, e não houve a suspensão da eficácia do dispositivo pelo Senado Federal, mas ainda assim decisão gerou uma onda de concessões de progressão ao semiaberto com o lapso de 1/6 da pena para os crimes hediondos e equiparados e o simples atestado de boa conduta.

Em março de 2007, para se evitar a aplicação do artigo 112 aos condenados por crimes hediondos e equiparados, a Lei 8.072/90 foi alterada para fixar os lapsos de 2/5 (dois quintos) para o condenado primário e 3/5 (três quintos) para o condenado reincidente.

O cenário na execução penal foi alterado e, para aqueles que possuem um discurso punitivista, passou a parecer ser fácil demais obter a progressão de regime. Como se o simples cumprimento do lapso temporal (proporcional ao crime praticado) não fosse suficiente para o condenado vivenciar um regime menos severo. A punição por falta disciplinar, neste contexto, faz com que os condenados permaneçam por mais tempo em regime fechado, não só pela falta de mérito como também pela interrupção na contagem do lapso temporal.

Um dos requisitos pouco discutidos até então era o disposto no artigo 33, §4º, do Código Penal, ao estabelece que “o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento de pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”.

Há quem sustente a inconstitucionalidade dessa exigência, pois haveria equiparação à vedação constitucional de prisão civil por dívida (artigo 5º, inciso LXVII). No entanto, o plenário do STF, em dezembro de 2014, no julgamento da EP 22 ProgRegAgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgou constitucional o §4º do artigo 33, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. Foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendeu não ser possível condicionar a progressão no regime de cumprimento da pena à questão alusiva à reparação do dano, isso porque seria impróprio mesclar a pena — que envolveria a liberdade de ir e vir —, com a reparação do dado — que envolveria o patrimônio (conforme informativo semanal número 772).

Sendo assim, além dos requisitos previstos na Lei de Execução Penal, os condenados por crimes contra a administração deverão também reparar o dano causado.

3.3.1 O lapso temporal

O artigo 112 da LEP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.792/2003 estabelece as condições para a progressão de regime:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Deste modo, o condenado deverá cumprir os requisitos objetivo e subjetivo. No entanto, este não é o único dispositivo legal a ser observado.

Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, deve ser aplicado o lapso temporal previsto na Lei 8.072/90, que estabelece em seu artigo 2º, §2º que a progressão “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Ressalte-se que não há necessidade de que a reincidência seja específica em crimes hediondos. Qualquer que tenha sido o crime anterior, já se aplica o lapso de 3/5 para o reincidente.

Assim, é requisito objetivo o cumprimento de 1/6 para os crimes comuns, 2/5, para os crimes hediondos, se primário, ou 3/5, em crimes hediondos se reincidentes, de acordo com a Lei 11.464, de 28 de março de 2007.

Em se tratando de crime hediondo ou equiparado, nos termos da Súmula 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/07 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.”. Veja-se, ainda, a Súmula Vinculante 26 do STF, que determina ao juiz que observe a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º da Lei 8078/90.

Deste modo, para os crimes cometidos antes da Lei 11.464/07, que alterou a Lei 8.072/90, o lapso será de 1/6, nos moldes do artigo 112 da LEP.

Estando em regime fechado, o condenado será progredido ao regime semiaberto. Para nova progressão de regime, desta vez para o regime aberto, deverá o condenado cumprir ao menos 1/6 no regime anterior. Ocorre que há divergências sobre a forma de elaboração do cálculo para essa nova progressão.

O entendimento que prevalecia era o de que, concedida a progressão ao regime semiaberto, o sentenciado deveria cumprir 1/6 (ou 2/5, 3/5) do restante da pena após a data da sentença que concedeu a progressão, independente da efetiva remoção para estabelecimento adequado. No entanto, o STF, no que foi seguido recentemente pelo STJ, entende que a decisão que concede a progressão de regime é declaratória e não constitutiva.

Nos autos do Habeas Corpus 369.774-RS, julgado em 22/11/2016, a Sexta Turma do STJ, revendo sua anterior jurisprudência, alinhou seu entendimento ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Quinta Turma de modo a fixar, como data-base para subsequente progressão de regime, aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício.

O fundamento para que assim se proceda, é a demora nas decisões das Varas de Execuções. Constatou na ementa que “Embora se espere celeridade da análise do pedido, é cediço que a providência jurisdicional, por vezes - como na espécie - demora meses para ser implementada”.

Não se trata de posicionamento que tenha efeito vinculante aos juízes das execuções criminais, mas é algo que, no atual contexto prisional, de superlotação e preocupação com a redução do número de presos no sistema prisional, vem de encontro com a política criminal a ser adotada no país.

3.3.2 O bom comportamento carcerário

Para que possa ser progredido, o condenado precisa demonstrar seu mérito, que atualmente é aferido através do atestado de bom comportamento carcerário. Possui bom comportamento carcerário o sentenciado que não pratica falta disciplinar e cumpre seus deveres durante o cumprimento da pena.

Constatada a presença do requisito objetivo, passa-se à análise do requisito subjetivo. Exige a lei que o preso tenha bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Até 2003, constava no artigo 112 que o preso deveria ter “mérito”,

e que a decisão seria precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Com a modificação, deixando de constar esta exigência, muito se discutiu sobre a “suposta” extinção do exame criminológico, que deveria ser o instrumento pelo qual o juiz avalia o “mérito” do condenado.

Pacificou-se o entendimento de que o juiz poderá requerer a elaboração de exame criminológico, pelas peculiaridades do caso e desde que em decisão motivada (Súmula 439 do STJ). No mesmo sentido é a Súmula Vinculante 26 do STF.

Assim, o juiz da execução, ao apreciar o pedido de progressão, poderá determinar, fundamentadamente, que se realize exame criminológico para avaliar o mérito do condenado.

Neste exame, será o preso submetido a entrevistas por psicólogo, assistente social, psiquiatra, e estes, juntamente com os diretores de disciplina e diretor geral, irão apresentar ao juiz as condições do sentenciado.

É de conhecimento notório que não há psiquiatras em todas as unidades prisionais. Ainda, as psicólogas não podem emitir parecer favorável ou contrário à progressão, apenas apresentar relatório, nos termos da Resolução nº 12/2011 do Conselho Federal de Psicologia. Determinação semelhante existe para as Assistentes Sociais. Mas os diretores (geral, de produção e de reintegração) opinam favorável ou contrariamente ao pedido do condenado.

De qualquer forma, estabelece a lei que o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Mas não consta na LEP com base em quais critérios isso ocorrerá.

O artigo 135 do Código Penitenciário de Pernambuco, que trata da classificação da conduta da pessoa privada da liberdade, estabelece que a conduta da pessoa privada de liberdade será classificada em boa, regular ou ruim, nos seguintes termos:

§ 1º Considerar-se-á como boa a conduta da pessoa privada de liberdade que não tenha cometido falta disciplinar.

§ 2º Considerar-se-á regular a conduta da pessoa privada de liberdade que tenha cometido falta de natureza média ou leve.

§ 3º Considera-se ruim a conduta da pessoa privada de liberdade que tenha cometido falta grave.

Já o §6º do artigo 135 do Código de Pernambuco estabelece que “a progressão de uma conduta para outra imediatamente superior deverá ocorrer sempre que a pessoa privada de liberdade não cometer nenhuma falta disciplinar de acordo com os períodos, contados da data do fato”, com prazos de 60, 90 e 180 dias de acordo com a natureza da falta praticada,

respectivamente leve, média e grave. No entanto, também se estabelece que “Não haverá prejuízo na classificação da conduta da pessoa privada de liberdade, caso não haja registro de falta disciplinar devidamente apurada e cientificada à autoridade judicial”.

Em resumo, praticada uma falta disciplinar no Estado de Pernambuco, a conduta será considerada boa em 60, 90 ou 180 dias, não podendo ser prejudicada a avaliação da conduta enquanto o fato não for devidamente apurado.

Pelo atual regimento interno do Estado de São Paulo, apresentará bom comportamento carcerário aquele condenado que não possuir falta disciplinar ou, caso possua, tenha sua conduta considerada reabilitada, mas com prazos bem superiores ao do Estado de Pernambuco.

No Estado de São Paulo, de acordo com o artigo 85 do RIP, o comportamento do preso pode ser classificado como ótimo, bom, regular ou mau, dependendo da existência ou não de faltas disciplinares. Estabelece o artigo 89 do RIP que os prazos para reabilitação do comportamento, contados a partir do cumprimento da sanção imposta (no caso, os 30 dias de isolamento celular) será de 03 (três) meses para as faltas de natureza leve, 06 (seis) meses para as faltas de natureza média e 01 (um) ano para as faltas de natureza grave.

Estabelece, ainda, o artigo 91, que em caso de nova falta disciplinar, os prazos para reabilitação devem ser somados. Assim, um sentenciado que cometa duas faltas no mesmo dia terá um prazo de 02 (dois) anos para reabilitar conduta e apresentar bom comportamento carcerário.

Se um preso, por alguma razão perde o controle e comete várias faltas por desrespeito aos funcionários num curto período de tempo, poderá ficar por anos com mau comportamento carcerário.

Em razão disto, há casos em que o preso cumpre a pena imposta na condenação, sem que tenha reabilitado seu comportamento e, neste período, ficou impossibilitado de pleitear progressão de regime, livramento condicional, comutação ou indulto.

Além das sanções disciplinares previstas na LEP, verifica-se que a mais severa punição, para os presos no Estado de São Paulo, está prevista no Regimento Interno, e diz respeito ao prazo para reabilitação do comportamento ou conduta.

O que se questiona é se teria a Administração Penitenciária, através de Resolução, legitimidade para assim proceder. Viola o princípio da legalidade se imputar a um sentenciado anos de mau comportamento sem base em determinação legal.

Nesse sentido, julgado proferido pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

Agravo em execução. Resolução SAP nº 144. Ilegalidade. Ocorrência. Matéria de ordem penal regulada por norma da administração pública. Ofensa ao art. 1º do CP.

Prazo para reabilitação de falta que deve observar o princípio da legalidade. Lacuna legal que não pode ser suprida por Resolução. Vício configurado. Nulidade reconhecida.

(TJ-SP Agravo 0034934-96.2014.8.26.0000, Relator: Guilherme de Souza Nucci, Data de Julgamento: 03/02/2015, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/02/2015)

Constou na fundamentação do julgado que seria “impossível a criação de prazo de reabilitação pelo Executivo, porquanto além de usurpar função tipicamente legislativa, incorreria em patente ofensa ao princípio da legalidade”, uma vez que “a despeito da carência de lei dispor sobre o prazo de reabilitação, não cabe à Secretaria da Administração Penitenciária criá-lo, ao seu bel prazer, tampouco ao magistrado submeter-se a tal regramento, evidentemente ilegal”.

No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na maioria dos casos, autoriza esse procedimento. Veja-se os seguintes julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO COMETIMENTO COMPROVADO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE ABSOLVIÇÃO
 Impossibilidade: Comprovada a prática de falta disciplinar em regular procedimento no qual houve oportunidade de ampla defesa, não há falar-se em desconstituição ou desclassificação. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICAÇÃO**
 Impossibilidade: Não há como aplicar o princípio da insignificância à conduta em que o sentenciado agrediu companheiro de cela, fato que gera desordem e indisciplina no ambiente carcerário, independente do resultado advindo da agressão. **REABILITAÇÃO FIXAÇÃO DO LAPSO COM BASE NO REGIMENTO INTERNO PRISIONAL**
 Possibilidade: A fixação de lapso para reabilitação não afronta o regime jurídico uma vez que a administração penitenciária tem atribuição legal para assim proceder, sem contrariar os preceitos constitucionais. Agravo não provido.

(TJ-SP - EP: 0027237-24.2014.8.26.0000 SP 0027237-24.2014.8.26.0000, Relator: J. Martins, Data de Julgamento: 31/07/2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/08/2014)

Agravo em Execução. Indeferimento do pedido de progressão de regime prisional. Insurge-se a Defesa por entender preenchidos todos os requisitos por lei exigidos para a progressão de regime. Pretende o afastamento dos artigos 89 e 90 da Resolução SAP. Requisitos subjetivo e objetivo não preenchidos para a concessão do benefício pleiteado. Mau comportamento carcerário. Prática de recente falta grave. Legalidade da Resolução SAP-144/10. Válido e recomendável o período de reabilitação. Precipitada a concessão do benefício almejado. Agravo improvido.

(TJ-SP - EP: 70068875620138260637 SP 7006887-56.2013.8.26.0637, Relator: Péricles Piza, Data de Julgamento: 19/10/2015, 1ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 27/10/2015)

Apesar da disposição constitucional de que os Estados podem legislar em Direito Penitenciário, em se tratando da aferição de bom comportamento carcerário, que afeta diretamente o direito de ir e vir do sentenciado, com cunho de direito material, seria adequado que o regramento se desse através de legislação federal, aplicada a todo o território nacional.

Pretende-se, com o PLS nº 513/2013, a inclusão de um parágrafo no artigo 53 da LEP onde se determina que Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária regulamentará a classificação do comportamento prisional. Caso venha a ser alterada a LEP nesse ponto, isso as regras seriam nacionais, apesar de não serem disciplinadas por lei ordinária.

3.4 A regressão de regimes e a interrupção do lapso

Estabelece o Código Penal, em seu artigo 33, as regras para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena, bem como a previsão do sistema progressivo, observando-se o mérito do condenado.

As disposições sobre a regressão de regimes encontram-se na Lei de Execução Penal. A Regressão de regime consiste na transferência do reeducando de um regime de cumprimento de pena menos grave para outro mais grave. Veja-se os termos do artigo 118:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111);

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Ao contrário do que se entende para a progressão de regime, a regressão pode se dar “por salto”, ou seja, o condenado pode ser regredido do regime aberto para o fechado, sem precisar passar pelo regime semiaberto, uma vez que o *caput* do artigo 118 usa a expressão “transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos”.

Das hipóteses de regressão, a que mais nos interessa é a causada pela prática de falta grave. Quando o condenado cumpre pena em regime aberto, deve obedecer às condições a ele impostas pelo juiz, nos termos do que determinam os artigos 113 a 116 da LEP.

Nos termos do artigo 50, inciso V, comete falta grave o condenado que descumprir, no regime aberto, as condições impostas. Neste caso, o procedimento para apuração do descumprimento das condições será realizado judicialmente, uma vez que, atualmente, o regime aberto é cumprido em prisão domiciliar. Praticada a falta em regime aberto, o juiz determinará a regressão do condenado para o regime semiaberto ou fechado, de acordo com o caso em concreto.

Quando o condenado se encontrar em regime semiaberto, cumprindo pena em estabelecimento prisional, será submetido a procedimento administrativo para apuração da falta grave. Se condenado, o juiz determinará a regressão ao regime fechado.

Há casos, no entanto, em que se questiona a possibilidade de regressão ao regime fechado, ainda que o condenado tenha cometido falta de natureza grave em semiaberto. Isso ocorre quando a sentença condenatória determina o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Estevão (2015) entende não ser possível a regressão para regime mais gravoso do que aquele estabelecido na sentença. E fundamenta seu entendimento no fato que:

(...) o art. 9º da Convenção é expresso ao proibir a imposição de pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Assim, se na sentença condenatória transitada em julgado foi estabelecido, por exemplo, o regime semiaberto, ao juiz da execução penal, realizado o devido controle de convencionalidade do art. 118, I, da LEP, não seria mais possível regredir o apenado para o regime fechado.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 93.761, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05.08.2008, entendeu, por maioria, que não era possível a regressão neste caso, sob o fundamento de que transitada em julgado a condenação – e lá determinado o regime inicial – não se poderia admitir que a condenação se tornasse mais grave em sede de execução penal em razão de falta grave. Esta serviria apenas para se determinar a recontagem do prazo necessário à progressão ao regime aberto. Asseverou-se, ainda, que seria ilógico que o réu pudesse regredir de regime sem ter progredido.

A Ministra Ellen Gracie, votou em sentido contrário por considerar que o artigo 33 do Código Penal autoriza a regressão, uma vez que em matéria de condenação e execução

da pena de detenção estabelece como possível a regressão para o regime fechado, com mais razão nas hipóteses de condenação e execução de pena de reclusão.

Em julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vê-se a claramente a distinção entre as posições, observando-se os termos da ementa quanto ao voto vencido (V.V.):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO - COMETIMENTO DE FALTA GRAVE - REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA FUTUROS BENEFÍCIOS. 1 - Estando comprovado que o reeducando estava na posse de um celular e que empreendeu fuga, correto o reconhecimento da prática de falta grave. 2 - Não pode haver regressão para regime mais gravoso do que o da condenação, por ofensa ao princípio da coisa julgada. 3 - Cometida a falta grave, o cálculo da pena para a progressão deve ter como base o tempo que resta da condenação.

V.V. AGRAVO EM EXECUÇÃO - REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO PARA O FECHADO - PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO FALTA GRAVE - POSSIBILIDADE. Havendo o condenado, no gozo do regime semiaberto, praticado fato definido como falta grave, deverá regredir para o regime mais rigoroso, ou seja, o fechado, a teor do disposto no art. 118, I, da LEP.

(TJ-MG - AGEPN: 10342120028507001 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/10/2013)

Entende-se que a legislação poderia melhor determinar as consequências da falta de natureza grave nesse caso, além da aplicação das sanções disciplinares prevista no artigo 53, tais como a proibição de trabalho externo e de saída temporária até a reabilitação de conduta ou cumprimento de 1/6 do restante da pena, sem que, com isso, o condenado fosse regredido ao regime fechado. Seria ele mantido em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena que lhe foi imposta na condenação, sem que com isso lhe impute um regime de pena mais gravoso, em obediência ao determinado pelo Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 9º.

Outro ponto controvertido sobre a regressão de regime é a determinação prevista parágrafo segundo do artigo 118 de que deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Já foi mencionado o caráter jurisdicional da execução penal. Acrescente-se que, para fins de regressão, deve ser observado o princípio da ampla defesa e do contraditório. Ao condenado deve ser garantido o direito de se defender da acusação que lhe é feita para fins de regressão de regime. O problema é o que se entende por ser ouvido o condenado. Há quem diga que deve ser designada audiência de justificação, onde o juiz, pessoalmente, ouvirá o

sentenciado e há entendimento no sentido de que deve apenas ser garantida a oportunidade de manifestação da Defesa, que o representa.

O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento consolidado em ambas as Turmas da Terceira Sessão no sentido de ser imprescindível a prévia oitiva do apenado em juízo, como se vê nos autos do Agravo Regimental em *Habeas Corpus*, julgado em 20/06/2013. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. OITIVA DO REEDUCANDO EM JUÍZO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. É imprescindível, para a regressão definitiva de regime carcerário, a prévia oitiva do apenado em juízo, sob pena de nulidade. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no HC 208334 / SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. Órgão julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 20/06/2013).

No entanto, no voto proferido no Recurso Especial representativo da controvérsia de nº 1.378.557, julgado em 23/10/2013, o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze fez constar que o preceito normativo do §2º, do art. 118, da LEP, não determina que a oitiva do condenado seja pessoal e em audiência designada para tal fim. Constou no voto que no Estado de São Paulo, por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes em 2003, ficou estabelecida a seguinte diretriz: “ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado”.

Deste modo, não há consenso sobre a oitiva determinada pelo artigo 118, sendo certo que no Estado de São Paulo, que possui o maior número de estabelecimentos prisionais e a maioria da população carcerária (mais de 1/3 de toda a população do país, segundo os dados do INFOPEN), não é feita a oitiva do condenado em juízo.

Qualquer que seja o fundamento da punição por falta grave, seria extremamente importante que o próprio juiz ouvisse o sentenciado e não simplesmente feita sua oitiva pelo funcionário do estabelecimento prisional. Seria o momento em que poderia ser afastado eventual excesso de execução, nos casos de punição ilegal ou injusta. Mas se em 2003, quando o número de presos no Estado de São Paulo era de 97.685 essa prática já se demonstrava inviável, certamente em 2017, quando o número de presos beira 230 mil, pode-se dizer ser quase impossível. Haveria extrema dificuldade, seja financeira, seja operacional,

para o deslocamento dos presos até a Vara das Execuções Criminais, sem contar no fato de que nem sempre o Juízo das Execuções fica na mesma comarca do estabelecimento prisional.

Solução para o impasse seria a realização das oitivas para fins de regressão através do sistema de videoconferência, já implantado para interrogatórios nos termos do artigo 185, §2, do Código de Processo Penal.

Embora não previsto em lei, é expediente comum nos processos de execução a sustação cautelar do regime semiaberto ou aberto, enquanto não se ouve o condenado. Assim, tão logo o juiz da execução tome conhecimento da falta de natureza grave, determinação a sustação do benefício e expede mandado de prisão, até que seja o condenado ouvido e, após manifestação das partes, haja decisão sobre a regressão ou sobre o restabelecimento do regime mais benéfico.

Regredido o condenado, seja para o regime semiaberto ou fechado, para que possa novamente progredir deverá, nos termos do artigo 112 da LEP, cumprir “ao menos 1/6 do restante no regime anterior” (2/5 ou 3/5 em caso de condenado por crime hediondo ou equiparado).

Esta interrupção no cálculo é facilmente extraída do dispositivo acima citado, que exige o cumprimento do lapso temporal no “regime anterior”. Ora, se houve regressão, nesse novo regime deverá cumprir 1/6 (ou 2/5, 3/5) no regime para o qual foi regredido antes de poder ser novamente beneficiado com a progressão de regime.

Nesse caso, indiscutível que o condenado, uma vez regredido, deverá novamente cumprir o lapso para progressão, a ser calculado com base no restante da pena após a prática da falta grave. Em caso de fuga ou evasão, conta-se a partir da data da recaptura do sentenciado.

Ocorre que já se defendeu tese em sentido contrário, tendo inclusive o STF se manifestado sobre o assunto em 01.03.2005, nos autos do HC 85.049-SP. Entendeu-se que “a fuga do paciente, quando cumprindo pena em regime semiaberto, dá ensejo à regressão de regime (LEP art. 118). A partir daí, começa a correr novamente o prazo de 1/6 para que o paciente possa obter nova progressão de regime”.

A tese do impetrante era no sentido de que, uma vez tendo cumprido 1/6 antes da fuga, nos termos dos artigos 112 e 118 da LEP, a lei não determinaria novo lapso temporal. Veja-se que, em havendo regressão, será feito novo pedido de progressão e, para este novo pedido de progressão, exige o artigo 112 ao menos 1/6 no regime anterior. Nesse ponto, embora a lei não seja expressa, a interpretação sistemática permite o entendimento de que haverá interrupção.

O problema é que passou a se entender que a prática de falta grave implicaria na interrupção do cálculo para “todos os benefícios prevista no LEP” e não somente em caso de regressão, tal como o livramento condicional, indulto ou comutação de penas e, principalmente, para a progressão do condenado que se encontra em regime fechado.

3.5 Súmulas 441 e 535 do Superior Tribunal de Justiça

Como mencionado, em razão do entendimento de que a falta disciplinar interrompe o lapso para a progressão, passou-se a aplicar esta mesma interrupção aos casos de livramento condicional, comutação e indulto.

Gonçalves Filho (2006, p.12) em Dissertação de Mestrado, discorreu sobre os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave, esclarecendo, em sua introdução, atuar como Promotor de Justiça junto a Vara das Execuções Criminais. Relatou que a posição institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo, publicada no Diário Oficial em 15.12.2000 foi no seguinte sentido:

Avisos de 12/12/2000 – Nº 700/00 – PGJ. O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais e a pedido do Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, Dr. José Oswaldo Monteiro, AVISA que na reunião realizada pelo Grupo de Trabalho das Promotorias de Justiça das Execuções Criminais, em 04 de dezembro de 2000, no que tange ao Decreto nº 3.667, de 21 de novembro de 2000, que trata do ‘Indulto de Natal’, os seguintes assentos foram uniformizados:
ASSENTO Nº 1 – A prática de falta grave interrompe o lapso temporal para qualquer benefício (progressão de pena, indulto, comutação, livramento condicional e remição). (GONÇALVES FILHO, 2006, p. 142)

Desde então, como posição institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo, passou-se a difundir a tese de que a falta grave interromperia o lapso para todos os benefícios.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 441, firmou entendimento de que a falta grave não interrompe o lapso para o Livramento Condicional. Mais do que analogia, entender que isso seria possível, seria verdadeiramente criar um novo requisito para este benefício.

O livramento condicional, como delineado no Código Penal com a reforma de 1984, não faz parte do sistema progressivo tal como era com o Código de 1940. Não se trata de uma última etapa, uma vez que poderá ser concedido para o condenado que estiver em regime fechado, independentemente de eventual progressão.

Trata-se o livramento condicional de uma “antecipação da liberdade do sentenciado, em cumprimento de pena de prisão, de modo a readaptá-lo ao meio social” (ESTEFAM, 2013, p. 437).

Os requisitos e condições para o livramento condicional são diferentes dos requisitos para a progressão de regime e com ela não se confunde. Não há necessidade que o condenado esteja cumprindo pena em regime aberto ou semiaberto para ser concedido o livramento. Ou seja, o condenado que se encontra em regime fechado, tendo cumprido os requisitos previstos no artigo 83 do Código Penal, pode ser colocado em liberdade condicional, ocasião em que a pena ficará suspensa durante o período de prova. Se findo o período, o condenado não tiver dado causa à revogação, a pena será declarada extinta.

O requisito temporal para a concessão do livramento condicional é de 1/3 da pena para condenados primários, 1/2 para condenados reincidentes e 2/3 para os condenados a crimes hediondos e equiparados. Não há qualquer disposição legal no sentido de que a prática de falta grave ocasiona a interrupção do requisito objetivo.

Em sendo caso de descumprimento das condições impostas e revogação do benefício, a consequência é que, por essa mesma pena, o condenado não mais poderá ser beneficiado com o livramento condicional. Diferente da regressão, não há que se falar em novo livramento (artigo 88 do Código Penal).

Ainda assim, por analogia, vários são os julgados que determinam a interrupção do cálculo em casa de falta de natureza grave.

Para afastar qualquer hipótese nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 441, dispondo que: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

Cita-se, a seguir, os julgados do Superior Tribunal de Justiça que foram precedentes originários para a edição da Súmula 441:

O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade, desde que se verifiquem as condições estabelecidas no art. 710 do Cód. de Pr. Penal. 2. No caso, o cometimento de falta grave pelo apenado não há de importar a interrupção da contagem do prazo para a aquisição de livramento condicional.

Ílícita, portanto, é a exigência de requisito objetivo não previsto em lei. (HC 82809 SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 26/05/2008)

Consoante o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de falta grave não interrompe o prazo para aquisição do benefício do livramento condicional, devendo ser levado em consideração

apenas o cumprimento total da pena imposta, sob pena de se criar requisito objetivo não-previsto em lei. (HC 122229 SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

[...] a prática de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a concessão do livramento condicional, dada a falta de previsão legal. [...] (HC 141241 SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009)

A jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, por ausência de previsão legal, a prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe o lapso temporal para aferição do tempo devido ao deferimento de livramento condicional. (HC 145217 SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010)

Com isso, espera-se que, ao menos em relação ao livramento condicional não se aplique a interrupção, uma vez que a falta de natureza grave somente deverá interferir no requisito subjetivo do benefício, que também exige do condenado o bom comportamento carcerário.

Quanto aos benefícios do Indulto e Comutação, também acabou por se posicionar o STJ, através da Súmula 535, estabelecendo que: “A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto”.

Do mesmo modo que no livramento condicional, firmou-se entendimento de que a prática de falta grave não determina a recontagem dos lapsos para os benefícios do indulto e comutação de penas.

No entanto, não se trata aqui de simples violação ao princípio da legalidade. Tanto o indulto quanto à comutação são benefícios que, embora previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, possuem seus requisitos estabelecidos no Decreto Presidencial que os concede.

Indulto, comutação e graça são hipóteses de clemência soberana. Os termos de concessão são definidos a cada decreto expedido. Usualmente, o Presidente da República expede Decreto que concede indulto e comutação de penas por ocasião do Natal, mas nada impede que faça isso em outras épocas, a exemplo do chamado indulto do dia das mães, concedido em 12 de abril de 2017.

O indulto pode ser pleno, que extingue a punibilidade, ou parcial, com a comutação (redução) da pena imposta. Se coletivo, os requisitos são especificados no Decreto, que servirá para todos os condenados que estejam na mesma situação. Se individual, terá o nome de graça, concedida a um único condenado.

Como os requisitos para a concessão do indulto e da comutação estão previstos no Decreto, que exige normalmente o cumprimento de parte da pena e bom comportamento carcerário, a questão da prática de disciplinar e seus efeitos vêm elencadas no ato de concessão. Assim, se não constar no Decreto a interrupção, não poderá o juiz da execução deixar de conceder o benefício sob esse fundamento.

Para que não persistam dúvidas, determina a Súmula que a prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto. Isso só poderá acontecer se houver previsão expressa no Decreto Presidencial que conceder os benefícios.

Verifica-se, pelos argumentos do Superior Tribunal de Justiça que o citado posicionamento institucional do Ministério Público de São Paulo fixado no ano de 2000, e que acabou sendo acolhido por inúmeros juízes, não poderia mesmo prevalecer, por falta de previsão legal.

No entanto, em se tratando de progressão de regime, prevaleceu o entendimento de que a interrupção é devida, como se passará a analisar.

3.6 Da violação ao princípio da legalidade

Feitas considerações sobre progressão e regressão de regime, bem como sobre a prática de falta disciplinar de natureza grave, importa saber se a Súmula 534, tal como editada, viola ou não o princípio da legalidade, assegurado constitucionalmente e com aplicação na execução da pena privativa de liberdade.

Como restou demonstrado, o condenado à pena privativa de liberdade, que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e vier a praticar falta de natureza grave, será regredido (artigo 118 da LEP), e, para nova progressão terá que cumprir necessariamente novo lapso temporal no regime em que se encontra após a regressão (semiaberto ou fechado), nos termos artigo 112 da LEP.

Questiona-se a necessidade de cumprimento de novo lapso temporal quando não ocorre a regressão. Ou seja, estando o condenado no regime fechado, não sendo possível a regressão, deverá ser interrompido o lapso, para nova contagem, como se tivesse sido regredido?

Essa discussão teve início na jurisprudência há muitos anos, com posicionamentos nos dois sentidos. O da possibilidade, seja pela aplicação de analogia, ou ainda, de interpretação sistemática ou analógica, e o da impossibilidade, por se entender que a determinação de interrupção não está prevista em lei.

No entanto, o entendimento de que é possível a interrupção foi ganhando adeptos com o passar dos anos¹². Poder-se-ia dizer que isto ocorreu, em grande parte, como forma de aumentar o rigor no sistema progressivo. Desde 2003, quando deixou ser obrigatório o exame criminológico para progressão, em se tratando de um crime comum, bastaria ao sentenciado apresentar bom comportamento carcerário – atestado pelo diretor – e cumprir 1/6 da pena imposta para progredir ao regime semiaberto.

Outro ponto a ser levado em consideração é a ausência de vagas em estabelecimentos adequados ao cumprimento do regime semiaberto. Na maioria dos Estados, não há vagas em estabelecimentos adequados. Com a edição da Súmula Vinculante 56, isso fica ainda mais grave, pois os condenados não poderão mais permanecer em regime fechado por vários meses aguardando sua remoção.

Assim, impedir a progressão daquele que praticou falta disciplinar, ainda que tenha reabilitado sua conduta, seria uma forma de diminuir a sensação de “impunidade”, já que, por vezes, os condenados sairão do regime fechado para o regime aberto domiciliar, em razão da falta de estabelecimento para semiaberto.

A Quarta Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em 01 de julho de 1997, nos autos do agravo em execução nº 221.468-3/8, cujo relator foi o Desembargador Bittencourt Rodrigues, decidiu que:

Se o condenado, que praticar falta grave, estiver no regime fechado, não se podendo fazê-lo regredir para o regime mais severo, inexistente, sujeitar-se-á ao efeito secundário da regressão, ou seja, à interrupção do tempo, para efeito de progressão, devendo cumprir mais um sexto do restante da pena a partir da falta grave, para obtê-la.

Pretende-se impor ao preso um efeito secundário da regressão, sem que tenha sido progredido nem regredido. Efeito secundário da regressão? Mas o condenado em regime fechado não foi progredido. A sua conduta não ocasionou a regressão, como poderia ele sofrer efeitos secundários da regressão. Seria isso uma analogia ao artigo 118?

Nos autos do agravo nº 0070298-66.2013.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 02 de julho de 2013, decidiu-se que em razão da nova redação dada ao artigo 127 da LEP, nova contagem se faz necessária a fim de punir o sentenciado, dando

¹² Relembre-se a posição institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo no ano de 2000, que, na prática, faz com que todos os promotores que atuam na Vara de Execução Penal manifestem-se no sentido da interrupção.

resposta à sua transgressão. Fez-se uma analogia ao artigo 127, que determina o recomeço da contagem do tempo remido a partir da falta disciplinar, nos seguintes termos:

Ademais, o fato de ter sido o reeducando punido por falta grave, revela que tem personalidade não ajustada ao convívio social, logo não está pronto para voltar a viver em sociedade. A interrupção do lapso temporal serve, justamente, para evitar que os sentenciados voltem a praticar novas faltas e, não dar resposta à sua transgressão, seria “premiá-lo” e não é este o espírito da lei.

Cria-se, ao arripio da lei, um novo requisito para a progressão, uma nova forma de punição para aqueles que, aos olhos da administração penitenciária, não se comportam adequadamente. Não se esqueça de que os sentenciados, além das sanções administrativas que lhes foram aplicadas pela falta, são punidos todos os dias por se verem obrigados a cumprir pena em estabelecimentos prisionais que não atendem aos requisitos da LEP, seja pela superlotação, seja pela falta de trabalho ou de estudo. Não se pode dizer que o fato de não interromper o lapso seria como “premiar” o mau comportamento.

É certo que a maioria dos doutrinadores concorda com entendimento de que deve ocorrer a interrupção.¹³

Estefam (2013, p. 341) ensina que “caso o condenado cometa falta grave, perderá o tempo de pena cumprido para fins de contagem no tempo mínimo para futura progressão, isto é, será reiniciada a contagem de um sexto da pena, a partir do cometimento da falta grave”. No mesmo sentido é a posição de Mirabete (2002, p. 382).

Para Marcão (2013, p. 169), a prática de falta grave afeta tanto o requisito subjetivo como o objetivo da progressão de regime. Segundo esse autor, “cometida a falta grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se a partir de tal data a nova contagem de fração de pena exigida como requisito objetivo da progressão”.

De acordo com Gonçalves Filho (2006, p. 142):

Considerando que a prática de falta disciplinar de natureza grave revela absoluta ausência de mérito, demonstrado que o executado em regime fechado não vem assimilando a terapêutica prisional, restou consolidada a posição jurisprudencial de imediata interrupção do lapso temporal para a progressão, descrita no artigo 112 da LEP.

¹³ Ressalte-se que esta maioria dos doutrinadores que escrevem sobre execução penal integra o quadro institucional do Ministério Público (Mirabete, kuehne, Marcão e Estefam).

Esse entendimento acabou, infelizmente, restando consolidado em 2015, com a Súmula 534 do STJ, mas percebe-se nitidamente a confusão que sempre se fez do requisito objetivo com o subjetivo. O lapso temporal necessário ao benefício não pode se confundir com o mérito do condenado. A prática de falta grave diz respeito apenas ao mérito.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal também são no sentido de que a falta grave em regime fechado interrompe o lapso para progressão.

No entanto, deve ser ressaltado que, um dos primeiros julgados do STF de que se tem notícia nesse sentido, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 85.605-5, julgado em 13/09/2005, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, pode ser ver que os precedentes lá mencionados, como sendo o entendimento do STF para o assunto, tratavam da possibilidade de nova contagem para o condenado que havia praticado falta grave em regime semiaberto (HC 85.049 e HC 83.506). Nestes dois *Habeas Corpus*, entendeu-se que a falta grave ocasionaria a regressão ao regime fechado bem como a recontagem de novo lapso de 1/6 para nova progressão.

Ou seja, os precedentes iniciais utilizados para a interrupção no regime fechado foram, na realidade, o entendimento do STF de que a “regressão de regime” importaria em novo lapso temporal, com o que se concorda. Veja-se que até agora verifica-se confusão com as duas hipóteses: a da falta que ocasiona a regressão e da falta estando o preso em regime fechado.

Daí em diante, passou-se a entender, com alguns julgados em sentido contrário, que a prática de falta grave, estando o preso em regime fechado, interromperia o lapso para a progressão de regime.

Veja-se o entendimento do STF, nos autos do HC 97.135, julgado em 12.04.2011:

(...) 3. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005). 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. A recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade. Precedente. (...)

Constou nesse julgado que, para o STF a interrupção decorreria de interpretação sistemática das regras legais existentes.

Quanto aos meios de interpretação da norma legal, os critérios clássicos de interpretação são a gramatical, a histórica e a sistemática. A interpretação sistemática busca o significado da norma através de sua integração com os demais dispositivos de uma mesma lei e com o sistema jurídico como um todo.

Bitencourt (2011, p. 175) esclarece que todos os métodos de interpretação são válidos, desde que “não se ignorem as peculiaridades do Direito Penal, sempre regido pelo princípio da legalidade (não admite analogia, costumes ou princípios gerais do direito nas normas incriminadoras).”

Em sendo a progressão de regime matéria de direito penal, uma vez que estabelecido o regime progressivo pelo Código Penal, com regras definidas na Lei de Execução Penal, pode-se afirmar que os requisitos para a progressão têm cunho “penal” e, mesmo em caso de interpretação sistemática, isso não pode ser feito de modo prejudicial ao condenado.

Veja-se que, por uma interpretação literal, não existe a interrupção do lapso caso a falta seja cometida em regime fechado. Não poderia, portanto, uma interpretação sistemática, como se pretende, ampliar os requisitos para a progressão, vez que estes estão claramente definidos pela lei.

Não se pode falar, ainda que essa interpretação sistemática pretenda superar possíveis contradições entre os diversos preceitos penais, uma vez que, nesse caso, não se verifica contradição alguma, uma vez que a lei é clara em dizer que, havendo falta grave, o condenado que cumpre pena em semiaberto será regredido ao regime fechado.

Será em consequência dessa regressão que, para nova progressão, deverá cumprir o lapso temporal de acordo com a pena restante. A interrupção decorre da regressão e não da simples prática da falta grave. Deste modo, se não há regressão, não há interrupção do lapso.

A impossibilidade de interrupção decorre do fato de que não há amparo legal para tanto, tratando-se de entendimento obtido por analogia *in malam partem* ao artigo 118 da LEP, ou ainda, de uma interpretação sistemática que também fere o princípio da legalidade no âmbito penal.

Como já mencionado, o requisito objetivo exigido pela LEP é o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, nos termos do artigo 112 ou, no caso de crimes hediondos ou equiparados, deverá o condenado cumprir 2/5 (dois quintos) da pena, se primário ou (3/5) se reincidente.

Além disso, precisa ostentar bom comportamento carcerário. Com a prática de falta disciplinar de natureza grave, passará a ter mau comportamento carcerário, até que sua conduta seja considerada reabilitada. Quanto à reabilitação, em cada Estado há norma diferente, sendo geralmente fixado o prazo de um ano, o que já foi esclarecido anteriormente. Assim, além de ostentar mau comportamento, o condenado sofrerá as sanções disciplinares previstas em lei, tais como o isolamento celular, a suspensão ou restrição de direitos e, em casos graves, a inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Estando o sentenciado em regime fechado, e não havendo possibilidade de regressão, qualquer outro efeito que se queira dar à falta disciplinar além do prejuízo no requisito subjetivo (o sentenciado terá mau comportamento carcerário enquanto não reabilitar sua conduta), será ilegal, pois não há previsão expressa nesse sentido.

Na execução da pena privativa de liberdade, devem ser observados os princípios da legalidade, taxatividade e impossibilidade de analogia *in malam partem*, razão pela qual seria impossível a interrupção.

O Desembargador Antônio Luiz Pires Neto, nos autos do agravo em execução nº 0251770-34.2012.8.26.0000, julgado em 25 de março de 2013, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, asseverou que não é lícito ao juiz da execução inovar além do que é expresso no artigo 112. Isto é, “à falta de expressa determinação legal, não há como admitir-se, em prejuízo do reeducando, a imposição de condições outras que não aquelas previstas em lei para o deferimento da progressão”.

kuehne (2006, p. 155-146), nos comentários ao artigo 50 da LEP, cita decisões no sentido de que a falta grave interrompe o lapso temporal para a progressão. No entanto, cita acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (RT 630/330) no sentido de que:

A falta grave, inserta no conceito de comportamento (requisito subjetivo), pode ou não prejudicar o merecimento da progressão de regime. Não modifica, porém, o requisito objetivo do tempo (pelo menos 1/6), da pena cumprida, como se fora anômala causa interruptiva ou de perda, que a Lei de Execução Penal não deixaria de prever, informada como está pelo princípio da legalidade.

Ainda indicando ser hipótese de violação ao princípio da legalidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do *Habeas Corpus* nº 0271829-77.2011.8.26.0000, julgado em 14/03/2012, decidiu que:

vale ressaltar que a decisão impugnada, ao determinar a elaboração de novo cálculo de liquidação de penas, adotando-se como termo inicial para contagem do lapso para eventual benefício a data da falta, criou causa interruptiva do prazo legal, ao arrepio da Lei de Execução Penal, silente a respeito, com ofensa, por conseguinte, ao princípio constitucional da legalidade em matéria penal.

A omissão legislativa, como é cediço, por força da referida garantia constitucional, só pode ser interpretada em favor do acusado ou do sentenciado, e nunca de molde a prejudicá-lo, como ocorre com a determinada fixação de causa de interrupção de prazo legal, sem o devido amparo legal.

O próprio STJ, através de sua Sexta Turma, tinha entendimento firmado pela impossibilidade de interrupção do lapso por ausência de previsão legal. Ora, a previsão legal existe ou não existe. Não há cabimento em se afirmar, pelos Ministros da Sexta Turma do STJ que não há previsão legal para a interrupção e, depois, prevalecer o entendimento de que pode haver a interrupção.

O Ministro Paulo Gallotti, nos autos do *Habeas Corpus* nº 63.874/MS, julgado em 17/04/2008 pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que: “o cometimento de falta grave não interrompe a contagem do prazo para a concessão de benefícios, efeito secundário da regressão de regime, quando, diante das particularidades do caso concreto, o sentenciado é mantido no regime em que se encontrava”.

Nos autos do HC nº 123.451, julgado em 17/02/2009, Relatado pelo Ministro Nilson Naves, o STJ decidiu que:

Execução da pena (benefícios). Falta grave (ocorrência). Período aquisitivo (contagem). Interrupção (descabimento). 1. Um dos objetivos da execução é, sem dúvida, proporcionar condições para a integração social do condenado. A história da humanidade sempre teve compromisso com a reeducação do condenado e com sua reinserção social. Para isso, a Lei de Execução Penal prevê vários benefícios. **2. No caso, o cometimento de falta grave pelo apenado não há de importar a interrupção da contagem do prazo para a aquisição de benefícios na execução da pena. Ilícita, portanto, é a exigência de requisito objetivo não previsto em lei.** 3. Ordem concedida. (grifo nosso)

No mesmo sentido foi o julgado nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.197.895, julgado em 19/10/2010, no sentido de que, “por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para obtenção dos benefícios da execução penal, inclusive, a progressão de regime”.

Por fim, cita-se a ementa do HC nº 123.450, também da Sexta Turma do STJ, julgado em 16/04/2009:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME E PERDA DOS DIAS REMIDOS. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA PARA AMBOS OS CASOS (ARTS. 118 E 127 DA LEP). PRECEDENTES. INTERRUÇÃO DE LAPSO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. O cometimento de falta grave acarreta duas punições: a regressão de regime e a perda dos dias remidos. Precedentes. 2. Não há previsão legal de interrupção do lapso para nova progressão de regime em caso de cometimento de falta grave. 3. Ordem concedida em parte, preservando a data-base para nova progressão.

Uma vez que inúmeros desembargadores e ministros afirmam que não existe a previsão legal para a interrupção do lapso quando o preso comete a falta em regime fechado, eventual entendimento em sentido contrário somente pode ser dar por analogia ou interpretação extensiva, as quais não podem ser admitidas em direito penal para piorar a situação do condenado.

O que causa espanto é o fato de que, no que se refere ao livramento condicional, as razões para a edição da Súmula 441 foram no sentido de que não há previsão em lei para a interrupção. São as mesmas razões para que sequer tivesse sido editada a Súmula 534, mas ainda assim preferiu-se optar pela utilização de analogia às hipóteses de regressão.

Passa-se, então, a relatar o julgado em que prevaleceu no STJ o entendimento de que a falta grave implicaria na interrupção do lapso, que ocorreu nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, opostos pelo MPF, no julgado. A Quinta Turma do STJ adotava o entendimento de que após o cometimento de falta grave deve ser reiniciada a contagem do lapso temporal para a obtenção da progressão de regime prisional sem, contudo, interromper-se o período aquisitivo para a obtenção de outros benefícios carcerários, tais como o livramento condicional e a comutação de pena.

A Sexta Turma do STJ entendia que não há previsão legal para o reinício da contagem do tempo necessário à obtenção da progressão de regime prisional ou qualquer outro benefício, limitando-se a falta disciplinar a macular o requisito subjetivo consistente no comportamento carcerário do apenado.

O Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, aduziu o seguinte:

(...) o cometimento de falta grave pelo apenado determina o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão de benefícios relativos à execução da pena, entre eles a progressão de regime prisional, exceto livramento condicional e comutação de pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de

infrações no decorrer da execução. (STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, julgado em 28/03/2012)

E acrescentou o Relator:

Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento. (STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, julgado em 28/03/2012)

Foi mencionado o fato de que o condenado poderia, logo após sua recaptura (ou logo após a falta) ser promovido ao regime aberto. Esqueceram-se os nobres Ministros que isto não é possível, pois o requisito subjetivo só estaria cumprido após a reabilitação da conduta, que na maioria dos Estados está fixada em um ano após a falta (ou um ano após a recaptura).

Assim, nos casos de evasão ou fuga, o condenado, ao ser recapturado, deverá cumprir o prazo de reabilitação da conduta. Portanto, jamais poderia, em razão do mau comportamento, ser promovido ao regime semiaberto imediatamente após sua recaptura.

Sendo assim, a falta grave implicaria na inexistência de mérito para a progressão (requisito subjetivo). Insiste-se que não poderia afetar o requisito objetivo.

Em brilhante voto divergente, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sintetizou o que se pretende demonstrar com esta pesquisa:

Portanto, entendo que o paciente pode não possuir boa conduta para a progressão, ou seja, não preencher o requisito subjetivo, já que também faz parte do contexto de apuração do benefício o mérito do apenado. Mas, cumprido o lapso temporal previsto na lei, não há que se falar em ausência do requisito objetivo.

Em suma, penso que fere o princípio da legalidade interromper-se a contagem do lapso necessário à progressão de regime, tal como ocorre com o livramento condicional. Em relação a tal benefício, aliás, a não interrupção do prazo ante a falta de natureza grave é, inclusive, matéria objeto de Súmula desta Corte, *verbis*:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. (Súmula n.º 441)

Insisto que não vislumbro, a propósito, qualquer diferença, para o sentenciado que cumpre pena, entre a situação retratada na Súmula acima transcrita, que se refere ao livramento condicional e aquela tendente à obtenção de progressão, comutação ou indulto. Não há o

menor sentido, penso, em afirmar que, para fins de livramento, a falta grave não interrompe o lapso temporal e, em relação aos demais benefícios, a mesma falta grave praticada possa significar a perda do tempo de pena cumprida.

Assim, quando da análise de qualquer um dos chamados "benefícios", caberá ao Juízo da Execução verificar a presença dos requisitos necessários à progressão, momento em que a prática da falta grave poderá ser objeto de consideração na análise do requisito subjetivo, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. **Portanto, uma vez constatada a má conduta, o indeferimento se dará, porém, sob outro fundamento que não o de falta de lapso temporal.**

Note-se, inclusive, que ao magistrado não cabe inovar no momento da análise do preenchimento dos requisitos para a obtenção da progressão, acrescentando requisito não previsto em lei, ante a observância do princípio da legalidade.

(...)

Em último ponto, diga-se que diante da interpretação desta Colenda Corte na análise dos pedidos de livramento condicional, indulto e comutação de pena, a Sexta Turma, a partir do julgamento do *habeas corpus* 123.451/RS, de que relator o já aposentado Ministro Nilson Naves, não tem feito qualquer diferença quanto à natureza do benefício pleiteado para o fim de análise do requisito objetivo. É que, como bem salientado pelo precedente por último citado, de que relator o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o princípio da legalidade não permite a criação de requisito objetivo não previsto em lei.

(...)

E, ainda que venha a cometer falta grave, a sanção dela decorrente não atinge o tempo de pena cumprido e nem impede a sua concessão, como já demonstrado. Além do que, sob o ponto de vista da relação jurídica do preso com a administração, **o cometimento de falta grave implica na adoção de sanção prevista na LEP, justamente para desestimular o cometimento de infrações no decorrer a execução. É o que a lei tem como necessário e suficiente para a manutenção da disciplina.** E é o que basta para que o custodiado, sujeito de direitos e deveres perante o Estado no cumprimento da sanção imposta pelo Poder Judiciário, responda pelo ato de indisciplina eventualmente praticado. (STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, julgado em 28/03/2012, grifos nossos)

Após voto-desempate da Ministra Laurita Vaz, os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486 foram providos em 28/03/2012. Posteriormente, em 12 de fevereiro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, julgou o Recurso Especial nº 1.364.192–RS, representativo da controvérsia, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pondo fim ao conflito, com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUÇÃO. PRAZO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO. COMUTAÇÃO E INDULTO. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. DECRETO PRESIDENCIAL.

1. A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.
2. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441/STJ.
3. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.
4. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime.

A partir de então, editou-se a Súmula 534, no sentido de que a prática de falta grave em regime fechado interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo.

Caetano (2015), asseverou que “a jurisprudência acabou por trilhar caminhos de duvidosa validade constitucional e, acolhendo nítida hipótese de analogia *in malam partem*, absolutamente vedada em matéria penal” permitindo a edição da Súmula 534, ao “arrepio da legalidade que deveria imperar em sede de execução penal”.

Tucci (2011, p. 31), ao tratar dos direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, dedica um capítulo à garantia da legalidade da execução penal, asseverando ser ela “a derradeira *garantia* inerente ao *devido processo penal*”, esclarecendo que “faz-se ela, com efeito, e como antes também acenado, indispensável e inerradável complemento de todas as outras, reiteráveis no processo de execução da sentença penal condenatória”.

A obrigatoriedade do princípio da legalidade e a proibição de analogia, ou mesmo de interpretação sistemática, que não seja favorável ao condenado são as principais razões pelas quais se pode afirmar impossível a interrupção do lapso quando o condenado estiver no regime fechado e cometer a falta.

Lembrando que decorre da legalidade à observância à reserva legal (lei em sentido estrito) e taxatividade, verifica-se que não há, em lugar algum na LEP ou no Código Penal, qualquer menção a este efeito da falta disciplinar.

O que ocasiona o reinício do lapso é a regressão, que ocorre quando o condenado pratica falta grave no semiaberto ou aberto. Se a falta for cometida no regime fechado, não há que se falar em efeito secundário de regressão (se ele não foi progredido). Aplicar analogia nesta hipótese certamente implica em prejuízo do condenado, o que é vedado em direito penal.

O condenado que foi progredido ao regime semiaberto sabe que, se cometer falta de natureza grave, será punido com a regressão. Vivenciou o regime fechado anteriormente e, sabedor dos riscos, se comporta de forma a manter o benefício que lhe foi concedido. Ainda, os moldes em que pena é cumprida no regime semiaberto permite ao condenado analisar e determinar seu comportamento de forma mais adequada. Geralmente, há mais trabalho prisional no semiaberto que no regime fechado. Há a possibilidade de trabalho externo, com retorno ao estabelecimento no fim do dia de trabalho. Há concessões de saídas temporárias, que permitem o contato com a família no mundo exterior. Se, ainda assim, cometer falta grave, será regredido e, para nova progressão, terá que cumprir novo lapso temporal.

Conclui-se, portanto, que a Súmula 534 viola o princípio da legalidade por criar requisito não previsto em lei para a progressão de regime e, por essa razão, é inconstitucional.

3.7. Da violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena

Acrescentar a interrupção do lapso temporal entre as punições por falta grave fere, também, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Fere a proporcionalidade porque agrava severamente a pena imposta na condenação de maneira evidentemente desproporcional. Veja-se que, num processo disciplinar em que se apure a responsabilidade de dois presos pelo mesmo fato, aquele com a pena maior será mais severamente punido pela sanção administrativa, pois terá maior tempo de pena a cumprir, sem que isso leve em consideração o fato praticado.

Ainda, independente da falta grave cometida, desde não responder à contagem de presos, e com isso desobedecer o funcionário, até fugir do estabelecimento prisional, terá sempre lapso para o semiaberto interrompido.

Não se pode esquecer que a prática de falta grave impõe a aplicação das sanções disciplinares previstas na LEP, inclusive haverá a necessidade de tempo para reabilitação de conduta, o que impede a concessão de benefícios entre 06 meses a 01 ano, a depender do Estado da Federação. Aumentar o tempo em que o condenado deva permanecer no regime fechado, a despeito de eventual reabilitação de conduta, é medida desproporcional e excessiva.

Uma vez que a falta disciplinar não interrompe o lapso para o livramento condicional (Súmula 441), em inúmeros casos o preso terá lapso para este benefício, por ter cumprido 1/3 ou 1/2 da pena, mas não terá cumprido 1/6 do restante da pena para a progressão de regime.

Nos casos de condenação por tráfico de drogas, que representam a maioria dos presos, por se tratar de crime equiparado a hediondo, após a falta os presos teriam que mais 2/5 ou 3/5 do restante da pena, o que pode inviabilizar a progressão de regime. Veja-se que, com 2/3 da pena poderá ser beneficiado com o livramento condicional ainda em regime fechado, mas não poderá progredir de regime por não cumprir 2/5 ou 3/5 do restante.

Se pode ser beneficiado com o livramento condicional não haveria razão em se impedir a progressão ao semiaberto. Não há proporcionalidade nem razoabilidade nesse entendimento.

Ideal seria que o juiz, ao avaliar o pedido de progressão de regime, fizesse a análise da conduta do sentenciado e do processo administrativo contra ele instaurado. A interrupção, independentemente do fato praticado, impõe ao condenado um gravame desproporcional, retirando-lhe a esperança de reinserção social.

Schmidt (2007b, p. 206) assevera que “a prática de uma falta disciplinar não pode continuar ensejando outras punições indiretas além da própria sanção disciplinar, numa espécie de bombardeio repressivo estatal contra um mesmo fato praticado”. Estar-se-ia ferindo o princípio da proporcionalidade. E completa: “O que não se pode é tolerar que uma imensa gama de sanções seja aplicada a pretexto de, somadas, atingirem a suposta finalidade ressocializadora”.

Necessário ressaltar a lição de Ávila sobre a proporcionalidade (2011, p. 171):

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

O meio menos restritivo para se promover o fim certamente será deixar para o juiz, analisando o caso em concreto, verificar se o sentenciado possui ou não condições de progredir ao regime intermediário, em atenção também ao princípio da individualização da pena.

De acordo com Savazzoni (2010, p. 62):

A individualização da pena e o princípio da humanidade vinculam-se especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal. Frente às condições carcerárias no Brasil, notoriamente deixadas ao abandono, contando com estabelecimentos sem qualquer salubridade,

infectados e lotados, o cumprimento da pena configura-se em autêntica crueldade. Diante dessas condições, cabe ao juiz da execução penal zelar para se fazer cumprimento da pena de modo humanizado, o que na prática significa podar os excessos de medidas indevidas tomadas pelos administradores dos presídios.

Por estas razões, as punições por faltas disciplinares devem ser analisadas com critério pelo juiz da execução, que deveria, caso a caso, ao analisar o mérito do condenado para o semiaberto, verificar se a sanção disciplinar aplicada foi suficiente para a falta cometida, nos termos do que determina o artigo 57 da LEP, no sentido de que “na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Se entender necessário, o juiz poderá solicitar a realização de exame criminológico e, analisando o caso em concreto, o tipo de falta cometida, a gravidade real da situação, poderá indeferir o benefício sob o argumento de que o condenado não se encontra preparado para vivenciar o regime intermediário. Do contrário, qualquer que seja a conduta indisciplinada, criar-se-á um sério óbice à progressão, com violação ao princípio da individualização da pena.

Em 2004, quando ainda prevalecia o regime integral para o cumprimento das penas por crimes hediondos, Busato afirmava que não se pode vedar, em nenhuma hipótese, a progressão de regime, pois o sistema progressivo é uma das principais expressões do princípio da humanidade das penas. Isto porque “a ideia central da resposta punitiva no Direito Penal moderno é a recuperação social do criminoso” (BUSATO, 2004, p. 406).

Em 2006 o STF mudou seu posicionamento sobre a Lei dos Crimes Hediondos, com o entendimento de que vedar a progressão fere o princípio da individualização da pena (HC nº 82.959-7).

Criar óbices à progressão de regime, como determina a Súmula 534 do STJ, além das severas dificuldades existentes no cumprimento da pena privativa de liberdade, fere a individualização da pena, que deve estar presente também na fase de execução penal.

Não há dúvidas, portanto, que a Súmula 534 do STJ é inconstitucional.

3.8. Necessidade de cancelamento ou revisão da Súmula 534 do STJ

Além de restarem violados os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e individualização da pena, existem outras razões pelas quais se entende que a Súmula 534 não pode prevalecer e deveria ser cancelada ou revisada.

Caetano (2015), ao discorrer sobre a edição da Súmula 534, assim se manifestou:

E os doutos ministros do Colendo Superior Tribunal de Justiça não tinham o direito de olvidar, como acabaram por fazer, sobre como se dão as relações de poder dentro de um presídio, notadamente nas quase-masmorras brasileiras, superlotadas e caóticas, **onde sanções disciplinares dependem menos de provas do que da vontade aleatória dos donos da cadeia (presos que comandam alas ou unidades inteiras) ou da atuação seletiva de agentes prisionais nem sempre orientados pela legalidade em suas ações**. Como se vê às escâncaras, a Súmula 534 também demonstra o distanciamento do STJ da realidade sobre a qual recaem suas deliberações em matéria de execução penal. (grifo nosso)

Com o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”, pela comprovada violação massiva aos direitos fundamentais, degradação da dignidade da pessoa humana e superlotação, todos os Poderes do Estado devem voltar os olhos para resolver o problema da execução penal.

No relatório apresentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público constou que a divulgação dos dados tem como um de seus propósitos:

conclamar o Ministério Público brasileiro, e todas as demais instituições que compõem o Sistema de Justiça nacional, a otimizar o manejo dos mecanismos legais, judiciais e administrativos disponíveis, para a superação da dramática realidade carcerária no País. O confronto com números preocupantes, como estes que se apresentam, impõe não apenas indagações quanto ao que deve ser feito e como deve sê-lo, mas exige, em tributo ao dever constitucional de eficiência, o compromisso com os resultados transformadores pelos quais tanto ansiamos. (CNMP, 2016, p. 17)

Certamente, não será com a imposição de obstáculos à reintegração social que o quadro grave irá mudar. A grande maioria dos presos em regime fechado não trabalha e não estuda (não por falta de vontade, mas porque o Estado não lhes fornece oportunidade para tanto). Quase todas as unidades prisionais estão com superlotação e em situação de violação à dignidade humana.

Ou seja, os presos estão completamente desestimulados do processo de reinserção social. Nesse contexto, cometer falta disciplinar passa a ser algo que, aparentemente, não piora sua situação, que normalmente é péssima.

Soma-se a isso a cultura punitivista que impera na sociedade e que certamente afeta a conduta dos agentes penitenciários, que acabam exercendo a disciplina com aquele sentimento de que quanto pior os presos forem tratados, melhor será a punição. Ainda, há o fato de que existe um grande subjetivismo dos diretores das penitenciárias sobre o que pode

ou não ser considerado falta grave, em especial quando se trata de obediência à ordem do servidor.

Com isso, o objetivo de reinserção social fica cada vez mais distante, pois cria (ou aumenta) nos sentenciados um sentimento de revolta contra o Estado, ao ver perpetrar no interior do cárcere a injustiça que viviam quando em liberdade. Os presos sentem que não têm mais nada a perder.

Pelo que se verifica dos levantamentos e pesquisas sobre o sistema prisional, indiscutivelmente, a grande maioria dos presos é considerada pobre, com baixa escolaridade e, podem ser consideradas vítimas de um Estado que se diz assistencialista, mas que marginaliza os menos favorecidos socialmente.

Acredita-se que o posicionamento do STJ pode e deve ser alterado, uma vez que é possível a mudança de entendimento pelos Tribunais Superiores, como se deu em 2006, quando o Supremo Tribunal Federal, após 16 anos entendendo que a vedação à progressão em crimes hediondos era constitucional, mudou seu entendimento para determinar a inconstitucionalidade do regime integral fechado, inclusive editando a Súmula Vinculante 26, como já mencionado.

Assim, verifica-se como possível a mudança de entendimento dos Tribunais Superiores, até mesmo porque não se admite que existam decisões que não possam ser superadas ou modificadas podendo ser a Súmula revisada ou cancelada. Relembre-se que somente pelo voto-desempate da Presidente do STJ foi que prevaleceu o entendimento esposado pela Súmula 534.

A esse respeito, esclarece Cruz e Tucci (2004, p. 180) que:

(...) a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de 'normatização pretoriana'. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposto pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça.

Por essas razões, defende-se o cancelamento da Súmula 534, pois cristalizou um entendimento doutrinário e jurisprudencial equivocado e que viola os princípios constitucionais penais, para que se deixe à cargo do juiz da execução, no caso em concreto, a análise dos requisitos exigidos legalmente para a progressão de regime.

O sistema progressivo é forma de individualização da pena, além de necessário para a finalidade de reinserção social, razão pela qual a interpretação dada aos dispositivos da LEP deve ser para adequá-los aos princípios constitucionais.

Mantida a Súmula 534 ou caso seja alterada a LEP para que conste a interrupção do lapso para a progressão por falta grave cometida em regime fechado, deverão ser revistas pelo legislador e também pelos órgãos da execução, as hipóteses de punição disciplinar, sejam as condutas descritas em lei como falta de natureza grave, seja a necessária e aprofundada análise do mérito da decisão administrativa pelo juiz da execução ao homologá-la.

A hipótese de alteração legislativa para incluir na LEP o entendimento da Súmula 534, como consta no PLS nº 513/2013, afastaria a alegação de violação ao princípio da legalidade, mas persistiria a desproporcionalidade (e talvez injustiça) da medida.

Relembre-se o entendimento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura esposado no voto-vista do EResp 1.133.804:

Saliente-se que a Lei de Execução Penal não estabelece, em nenhum dos seus dispositivos, que o cometimento de falta grave interrompe o lapso para fins de progressão. **E, em meu sentir, nem o poderia, porque tal previsão fugiria totalmente ao espírito da lei, que é o da reintegração harmônica do condenado na sociedade**, de forma paulatina, progredindo do regime mais rigoroso para o menos rígido, após o cumprimento do tempo exigido e dos requisitos subjetivos, dentre os quais a boa conduta. (EResp 1.133.804, STJ, julgado em 28/03/2012, grifo nosso)

O que se pretende com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 513/2013 é enfrentar o problema da superlotação dos presídios brasileiros, com a humanização da sanção penal, a garantia dos direitos fundamentais do condenado, a busca da reinserção social do sentenciado e a informatização e desburocratização dos procedimentos relativos à execução penal.

Os direitos fundamentais da pessoa humana possuem eficácia irradiante, seja para o Judiciário, ao apreciar as questões que a ele são submetidas, seja para o Legislativo no momento da elaboração das leis, seja, ainda, para a Administração Pública, que deve pautar sua atividade em respeito aos direitos garantidos pela constituição.

A melhora no caótico quadro do sistema prisional interessa à toda sociedade, que deve buscar incessantemente meios para a reinserção dos condenados, com a redução dos índices de reincidência.

Streck (2005, p. 176), com propriedade, assevera que “a Constituição de 1988 é dirigente e compromissária, apresentando uma direção vinculante para a Sociedade e para o Estado”, e acrescenta:

Não há, pois, qualquer blindagem que "proteja" a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc.). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei 9.249, confirmada agora pela Lei 10.684), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento (sic) da vítima com terceira pessoa (art. 107, VIII, do Código Penal), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, coloca do mesmo lado penalistas dogmático normativistas e liberais iluministas. (2005, p. 177)

Portanto, deverão os legisladores voltar os olhos também para a questão da disciplina carcerária, que interfere diretamente nos benefícios previstos em lei com vistas à reinserção social, observando-se a flagrante violação aos direitos fundamentais existente no sistema prisional do Brasil, uma vez que a Constituição Federal não admite o tratamento degradante ou desumano, devendo ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Verificando-se, como exposto, que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da pena devem ser respeitados na fase de execução da pena privativa de liberdade, eventual determinação do legislador infraconstitucional no sentido de que a prática de falta grave no regime fechado reinicia a contagem para a progressão de regime, no atual contexto do sistema prisional, certamente será inconstitucional.

CONCLUSÕES

A execução penal tem natureza predominantemente jurisdicional e todos os princípios constitucionais devem ser observados durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Os relatórios feitos pelo CNJ através do Mutirão Carcerário demonstram que as exigências mínimas para tratamento dos presos não são cumpridas pelo Estado-Administração, uma vez que os presos são submetidos incessantemente a tratamento desumano e degradante.

O Supremo Tribunal Federal, diante da massiva violação aos direitos humanos dos presos, em especial do desrespeito à dignidade humana, reconheceu, em concessão de cautelar nos autos da ADPF 347, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Demonstrou-se que, ao mesmo tempo em que os direitos dos presos não são respeitados, o Estado exerce o poder disciplinar de maneira ilimitada, punindo as mínimas transgressões dos condenados, nem sempre com obediência aos princípios constitucionais.

Em caso de prática de falta disciplinar de natureza grave pelo condenado, após a conclusão do procedimento disciplinar, deverá o juiz da execução se manifestar, homologando ou não a decisão administrativa. Com a homologação, deverá o juiz, em caso de estar o condenado em regime semiaberto, determinar sua regressão ao regime fechado e o reinício da contagem do prazo a partir da falta grave. Isso decorre do disposto nos artigos 118 e 112 da Lei de Execução Penal.

Estando o condenado em regime fechado, sem que tenha sido progredido, não haverá regressão e, dessa forma, não poderia ser submetido ao chamado “efeito secundário da regressão”.

No entanto, com a edição da Súmula 534, o Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de que “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

Analisados os precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que, na realidade, o que se autorizava era o reinício da contagem em caso de regressão, o que também não é expresso na LEP, mas decorre da interpretação dos artigos 118 e 112. No entanto, para o condenado em regime fechado, que não foi progredido e nem será regredido, impor-lhe um “efeito secundário” da regressão certamente atenta contra o princípio da legalidade, que tem ampla aplicação na execução da pena privativa de liberdade. O que

ocasiona a interrupção da contagem do prazo para a progressão é a regressão e não a prática de falta grave.

Não poderia uma interpretação sistemática, ou o uso da analogia, criar requisito não previsto em lei para a progressão de regime, piorando a situação do condenado. Não se pode confundir as consequências da falta grave para o preso que esteja em regime semiaberto e para o preso em regime fechado.

A aprovação da Súmula 534, vem consolidar uma situação de inconstitucionalidade, pela violação ao princípio da legalidade na execução penal, pois não há na legislação previsão que autorize esse entendimento.

Haverá, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade. Para uma mesma conduta, o condenado que tem pena maior será mais severamente punido, pois terá um lapso maior para cumprir até poder progredir de regime.

A prática de falta grave impõe a aplicação das sanções disciplinares previstas na LEP, inclusive com a necessidade de tempo para reabilitação de conduta, o que impede a concessão de benefícios entre 06 meses a 01 ano, a depender do Estado da Federação. Aumentar o tempo em que o condenado deva permanecer no regime fechado, a despeito de eventual reabilitação de conduta, é medida desproporcional e excessiva.

Destarte, a conduta prisional do condenado deve ser levada em consideração por ocasião da análise do mérito do benefício da progressão, atentando-se ao princípio da individualização da pena, sendo que as faltas disciplinares devem ser avaliadas criteriosamente pelo juiz da execução, observando-se os princípios limitadores do *jus puniendi*, expostos no primeiro capítulo.

Não se poderia, ainda, deixar de considerar a falência do sistema prisional bem como a comprovada violação sistemática de direitos humanos a que se submetem os condenados, que se veem privados da possibilidade de trabalho e estudo, em celas superlotadas, sem condições de dignidade humana, fatos que deixam a questão da (in) disciplina fragilizada. O Estado não poderia exigir comportamento disciplinado nessas circunstâncias, uma vez que a revolta e indignação com o sistema é uma conduta natural daquele que se vê submetido a tratamento degradante.

Num cenário ideal de execução penal, em que “todos” os direitos dos presos sejam assegurados, em que não haja superlotação nem violação à dignidade humana, em que os funcionários do sistema prisional tenham preparo adequado para a importante função que desempenham e, principalmente, onde os instrumentos de que dispõe o Estado para a

reinserção social, como o trabalho prisional e a educação, funcionem a contento, poderia ser pensado que eventual indisciplina tiraria do condenado o direito à progressão de regime.

Infelizmente, diante do caótico quadro em que se encontra o sistema prisional, acrescentar um requisito como esse somente agravaria a situação lamentável das prisões neste país, em contradição com os princípios constitucionais e, especialmente, com a principal finalidade da execução da pena privativa de liberdade, que é a reinserção social.

A postura ativista do Poder Judiciário no contexto do sistema prisional parece válida, quando atua na defesa do cidadão e, diante do descumprimento dos preceitos constitucionais, declara a inconstitucionalidade de atos normativos ou confere efetividade a um comando constitucional.

Mas não se pode permitir que juízes atuem além de sua função típica, criando requisito para a progressão de regime não previsto em lei, restringindo os direitos do condenado, como se vê na Súmula 534 do STJ.

Por essas razões, defende-se o cancelamento da Súmula 534 diante da sua inconstitucionalidade. Ainda que se pretenda alterar a LEP nesse sentido, para constar expressamente a interrupção do lapso para a progressão por falta grave cometida em regime fechado, persistiria a inconstitucionalidade, pois afeta a individualização da pena por tornar inviável o sistema progressivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALESSI, Gil. **Massacre em presídio de Manaus deixa 56 mortos**. El País, São Paulo, 02. jan.2017. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html. Acesso em 27.jul.2017.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público].

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n 1, p. 23-32, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad.Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito**. In: MENDES, G.; BOTTINI, P.C.; PACELLI, E.. (Org.). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2010, v., p. 153-194.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão : causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tratado de Direito Penal : parte geral**, 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4500/2001**. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27689>. Acesso em 16.julho.2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. Disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 20.fev.2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 513/2013**. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&disposition=inline>. Acesso em 15.mai.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 63.874/MS, Relator Ministro Paulo Gallotti, julgado em 17.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 165.200-RS**. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20.03.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486 – SP**. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28.03.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.378.557**, Ministro Relator Marco Aurélio Belizze, julgado em 23.10.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 326.504-SP**. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 24.09.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1639458**. Ministro Relator Nefi Cordeiro, Data de Publicação: DJ 06.04.2017)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em habeas corpus nº 85.605-5**. Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em 13.09.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**, Ministro Relator Ricardo Lewandowski , Julgado em 13.08.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 776.823**, Ministro Relator Ricardo Lewandowski , sem julgamento definitivo até agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**, Ministro Relator Marco Aurélio, J. 11.11.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Semanal nº 772**. Dezembro de 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. T. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Sistema penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **A Progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de execução penal**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 9, n.2, p. 387-415, 2004.

CAETANO, Haroldo. **Súmula do STJ sobre progressão é exercício arbitrário de um poder vazio**. <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/10/sumula-do-stj-sobre-progressao-e-exercicio-arbitrario-de-um-poder-vazio/> Acesso em: 15.maio.2017.

CAMBI, Eduardo. **Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais**. In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock *et al.* (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> Acesso em 24.jul.2017.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. *in* Críticas à execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Fabris, 1988

COLNAGO, Rodrigo Henrique. **O princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto da privatização do sistema prisional no estado democrático de direito**. 2013. 165 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6210>. Acesso em 10.07.2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 20.fev.2016.

_____. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. 2017, Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em 29.07.2017.

_____. **Regras de Mandela**. 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>, Acesso em 01.jul.2017

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro - 2016** / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf Acesso em 11.07.2017

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 6ª REGIÃO. **PARECER DO CRP SP SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)**. Junho de 2015. Acesso em <http://www.crp.org.br/interjustica/pdfs/PARECER-CRPS-SP-SOBRE-RDD.pdf>

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena : finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal: Leituras Complementares**. (organizador). [et. al.]. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2014**. 2015. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf/view. Acesso em 08.jan.2017

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Volume 1**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTEVAO, Gleucival Zeed. **Pacto de San José impõe limites à regressão prisional ao regime mais gravoso**. <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/08/17/pacto-de-san-jose-impoe-limites-a-regressao-prisional-ao-regime-mais-gravoso/> Acesso em: 15.maio.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. Prefácio de Norberto Bobbio; tradutores: Ana Paula Zomer ... [et al.]; colaboração de Alice Bianchini ... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 23. ed. trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: O caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 35)

GIACOMOLLI, Nereu José. **O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais**. In: Lênio Luiz Streck. (Org.). **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, v. 01, p. 151-175.

GONÇALVES FILHO, Luiz Carlos. **A lei de execução penal e os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave**. 2006. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7118>. Acesso em: 09 jul. 2017.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOERNER, Andrei. **O impossível “panóptico-tropical-escravista”: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9. n° 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. 5. ed, Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LAZARI, Rafael de; PIRES, Hugo. **Estado de coisas inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade**. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, v. 100, p. 103-116, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional**. In: VINCENZI DI AGOSTINHO, Luis Otávio; HERRERA, Luiz Henrique Martim. (Org.). Tutela dos direitos humanos fundamentais Ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 01ed. Birigui/SP: Boreal, 2011, v. 01, p. 25-44.

_____. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMONGI, Celso. **Erro científico ou desonestidade científica?** 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251431,91041-Erro+cientifico+ou+desonestidade+cientifica>. Acesso em 08.jan.2017.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal : Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : vol. II, arts. 28 a 74**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista**. In *Crítica à execução penal*. (Coord. Salo de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11 ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, vol. I, ed. Atual. por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Tratado de direito penal**, vol. III, ed. atual. por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Campinas: Millennium, 1999.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, RENATO. **Da Tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “Compromisso Significativo”**: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. *Revista Em tempo*, [S.l.], v. 15, p. 11-34, dec. 2016. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>>. Acesso em: 09.jul.2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. rev. e atual.. São Paulo: Atlas, 2002.

NEUMAN, Elias. **Evolución da de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios**. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Pannedille, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PALMA, Paulo José de; ROSA, Fernanda Narezi Pimentel. **É necessário ter um código penitenciário no estado de São Paulo**. 27.02.2017, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-27/mp-debate-necessario-codigo-penitenciario-estado-sao-paulo>. Acesso em 04.abr.2017

PARANÁ (Estado). **Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná**. Decreto Estadual nº 1.276 de 31 de outubro de 1995.

PERNAMBUCO (Estado). **Código Penitenciário do Estado de Pernambuco**. Lei 15.755 de 04 de abril de 2016.

PIMENTEL, Manoel Pedro Pimentel. **Ensaio sobre a pena**. *Lex: coletânea de legislação de jurisprudência*. nº 21. p. 11/31. São Paulo: Lex Editora, 1972.

_____. **Sistemas penitenciários**. *RT 639*, 1989.

PRADO, Luiz Regis. et. al. **Direito de execução penal**. 2. ed. ampl. e reform. da obra de execução penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo; Melhor, Aldeleine. **Princípios constitucionais na execução penal**. *in Leituras Complementares de Execução Penal*. (org. Rogério Sanches Cunha. Salvador: JusPODIVM, 2006.

RIOS, Rodrigo Sánches. **Prisão e trabalho. Uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro**. Curitiba: Champagnat, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. IBCCrim, São Paulo, 1999.

ROXIN, CLAUDIUS. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998

_____. **Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9. nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALLA, Fernando. **O relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, de 1874, e a política penitenciária brasileira no início do século XX.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9. nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A Derrotabilidade como mecanismo para um Direito Penal Mínimo: Em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. **Resolução 144, de 29 de junho de 2010.** Disponível em <http://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em 01.mai.2017

_____. Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP). **Unidades Prisionais.** <http://www.sap.sp.gov.br/>

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0269358-88.2011.8.26.0000**, Desembargador Relator Guilherme de Souza Nucci, julgado em 17.04.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0180674-22.2013.8.26.0000**, Desembargador Relator Paulo Rossi, julgado em 12.04.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0251299-18-2012.8.26.0000**, Desembargador Relator Alberto Mariz de Oliveira, J. 09.09.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0034934-96.2014.8.26.0000**, Desembargador Relator Guilherme de Souza Nucci, julgado em 03 de fevereiro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal nº 0070298-66.2013.8.26.0000**, Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro, julgado em 16.04.2013.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Dignidade humana, ressocialização e a superlotação carcerária no Brasil.** 2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>. Acesso em 13.mar.2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Contrastes entre o regime prisional legal e a realidade do sistema carcerário no estado de São Paulo.** 2010. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5495>. Acesso em 10.jul.2017

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **A crise de legalidade na execução penal**. In **Crítica à execução penal**. (Coord. Salo de Carvalho). (p. 29-76) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (a)

_____. **Direitos, deveres e disciplina na execução penal**. In **Crítica à execução penal**. (Coord. Salo de Carvalho) (p. 207-267). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (b)

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 89-94, Rio de Janeiro: 1998, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 22.07.2017

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal, parte geral, tomo II**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2016. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>. Acesso em 23.jul.2017.

TAVARES, Ana Cláudia Ribeiro. **Reflexos da falta disciplinar na execução da pena privativa de liberdade**. Intertemas – Revistas Eletrônicas Toledo Presidente Prudente, Volume 25, nº 25, 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral : arts. 1º a 120, volume 1**. São Paulo: Atlas, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VAZ, Laurita. **Compaj, uma tragédia anunciada**. 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Compaj,-uma-trag%C3%A9dia-anunciada. Acesso 27.Mar.2017

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução Ed André Telles Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.