

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REFLEXOS DA FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Ana Cláudia Ribeiro Tavares

Presidente Prudente

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**REFLEXOS DA FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Ana Cláudia Ribeiro Tavares

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do título de especialização em Direito Penal e Processo Penal sob orientação do professor Mário Coimbra

Presidente Prudente

2013

REFLEXOS DA FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para a
obtenção do título de especialista em Direito Penal e
Direito Processual Penal.

Professor Dr. Mario Coimbra

examinador

examinador

Presidente Prudente, de de 2013.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

Ingo Sarlet

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus colegas de profissão, advogados da FUNAP, que defendem incansavelmente os presos carentes do Estado de São Paulo, em especial ao Paulo S. Xavier de Souza, *in memoriam*, que mesmo não estando entre nós, deixou para sempre um exemplo a seguir.

Dedico, ainda, à minha filha Sofia, alegria da minha vida e razão pela qual luto e acredito num futuro melhor. Que ela possa crescer em uma sociedade mais humana e justa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela saúde e por me dar esperança e forças para exercer meu trabalho com amor e dedicação. Em nome do amor cristão, não deixo de acreditar que as pessoas podem mudar para melhor.

À minha mãe Dulcinéa Ribeiro, por ser meu apoio, meu colo, minha amiga e companheira. Sem sua presença em minha vida eu não seria nada.

E, principalmente, ao meu orientador Dr. Mario Coimbra, verdadeiramente um mestre, que não mediu esforços para me auxiliar na elaboração deste trabalho. Agradeço pelo apoio e pelas valiosas sugestões e observações que certamente enriqueceram esta obra.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa dedica-se à análise dos reflexos da falta disciplinar na execução da pena privativa. Verifica-se nos últimos anos um enrijecimento do tratamento penitenciário no que se refere às faltas disciplinares e suas consequências na execução penal. No entanto, ao lado da necessidade do Estado de controle social, estão os condenados que, apesar de sua situação jurídica, continuam mercedores de todos os direitos e garantias fundamentais, embora com a liberdade de locomoção tolhida. Após breve análise sobre a história da pena e dos sistemas prisionais, bem como das teorias que fundamentam a aplicação da pena, foram estudados os direitos e deveres dos presos e a jurisdicionalização da execução penal, com considerações sobre a progressão de regime e sobre a remição da pena e sua perda em razão da falta disciplinar, com a alteração legislativa ocorrida em junho de 2011, que afetou a aplicação da Súmula Vinculante nº 9 do STF. A pesquisa enfocou dois dos principais reflexos da falta disciplinar de natureza grave no processo de execução, quais sejam: a interrupção do lapso temporal para a progressão de regime prisional e a perda dos dias remidos. No tocante à remição, deverá o juiz analisar no caso em concreto a falta disciplinar de natureza grave cometida pelo condenado e decretar até 1/3 (um terço) dos dias remidos, ou seja, de 01 (um dia) até o limite de 1/3 (um terço) do total dos dias remidos ou a remir. Quanto à progressão, tem prevalecido corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a prática de falta disciplinar interrompe o lapso temporal da progressão de regime, o que implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto. O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre os princípios constitucionais orientadores da execução penal, em especial o princípio da legalidade, da proporcionalidade e da proibição de analogia *in malam partem*, defendendo a posição de que não se pode determinar a interrupção do lapso temporal pela falta grave, quando cometida em regime fechado, pois altera a disciplina legal do sistema progressivo em prejuízo do condenado. Em decorrência da jurisdicionalização da execução penal, deverá o juiz da execução afastar todo excesso cometido pela administração penitenciária na disciplina prisional.

Palavras-chave: Execução penal. Deveres do sentenciado. Faltas disciplinares. Remição da pena. Progressão de regime. Lapso temporal.

ABSTRACT

This research work is dedicated to the analysis of the effects of the misconduct in the execution of deprivation. There is in recent years hardening the penitentiary treatment with regard to disciplinary offenses and their consequences in criminal enforcement. However, alongside the need for the state of social control, are convicts who, despite his legal situation, still deserving of all the rights and guarantees, although with the unfettered freedom of movement. After a brief analysis of the history of the pen and prisons, as well as the theories that underlie the application of the penalty, we studied the rights and duties of prisoners and the judicial imprisonment, with considerations on the progression of the arrangement and the redemption of pen and its loss due to misconduct, with the legislative amendment made in June 2011, which affected the implementation of Binding Precedent n^o. 9 of the STF. The research focused on two main reflections of misconduct of a serious nature in the implementation process, namely: the disruption of the lapse time to progression of the prison regime and the loss of days redeemed. Regarding the redemption, the judge must consider the particular case the misconduct of a serious nature committed by the convicted and enact up to 1/3 (one third) of the redeemed days, which means 01 (one day) up to the limit of 1 / 3 (one third) of total days redeemed or redeem. For progression, has prevailed current doctrine and jurisprudence in the sense that the practice of misconduct disrupts the temporal lapse progression regime, which implies an increase in the time required for the convicts being promoted to semi-open. The research aims at discussing the constitutional principles guiding the criminal enforcement, in particular the principle of legality, proportionality and the prohibition of analogy in *malam partem*, advocate the position that one can not determine the interruption time lapse for misconduct when committed in a closed, because it alters the legal discipline system progressive detriment. As a result of the judicial imprisonment, the judge must run away from every excess committed by the prison discipline prison.

Keywords: Criminal Enforcement. Duties sentenced. Disciplinary offenses. Remission of sentence. Progression scheme. Time lapse.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

HC – Habeas

LEP – Lei de Execução Penal

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

RIP – Regimento Interno Padrão

SAP – Secretaria da Administração Penitenciária

REFLEXOS DA FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 HISTÓRICO DA PENA E DO SISTEMA PROGRESSIVO	
2.1 Idade Antiga.....	14
2.2 Idade Média.....	17
2.3 Idade Moderna.....	19
2.4 Sistemas Penitenciários.....	26
2.4.1 Sistema pensilvânico ou celular.....	27
2.4.2 Sistema auburniano.....	28
2.4.3 Sistemas progressivos.....	30
2.5 Evolução Histórica da Pena e da Progressão de Regimes no Brasil.....	32
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DA EXECUÇÃO DA PENA	
3.1 Considerações Sobre os Princípios.....	37
3.2 Princípio da Legalidade.....	38
3.2.1 Princípio da anterioridade.....	39
3.2.2 Princípio da reserva legal.....	39
3.2.3 Princípio da proibição de analogia <i>in malam partem</i>	40
3.2.4 Princípio da taxatividade.....	41
3.3. Princípio da Irretroatividade da Lei Penal	42
3.4 Princípio da Individualização da Pena.....	43
3.5 Princípio da Proporcionalidade.....	44
3.6 Princípio da Humanidade.....	45
3.7 Princípio da Jurisdicionalidade.....	46
4 FUNDAMENTOS DA PENA E SUA RELAÇÃO COM A EXECUÇÃO PENAL	
4.1 Teorias Absolutas ou Retributivas.....	48
4.2 Teorias Relativas ou Preventivas.....	49

4.2.1 Teoria da prevenção especial.....	50
4.2.2 Teoria da prevenção geral.....	51
4.3 Teoria mista ou unificadora.....	53

5 DIREITOS E DEVERES DOS PRESOS

5.1 Os Direitos dos Presos.....	56
5.2 Os Deveres dos Presos.....	57
5.3 Das faltas disciplinares.....	58
5.3.1 Das faltas de natureza grave.....	60
5.3.2 Das faltas de natureza média e leve.....	64
5.4 Procedimento Administrativo	66
5.5 Das Sanções Administrativas	68
5.6 Do Regime Disciplinar Diferenciado.....	71
5.7 Do Reconhecimento da Decisão Administrativa pelo Juiz da Execução.....	73

6 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS DA SANÇÃO DISCIPLINAR

6.1 Da Natureza Jurídica da Execução Penal.....	76
6.2 Perda dos Dias Remidos.....	78
6.2.1 Considerações sobre a remição de penas.....	78
6.2.2 Alterações no instituto da remição e a Súmula Vinculante nº 9 do STF.....	79
6.3 Da Progressão e da Regressão de Regime.....	83
6.3.1 Requisitos para a progressão	85
6.3.2 Questões polêmicas sobre a progressão de regime.....	87
6.4 A Interrupção do Lapso de Benefícios.....	88
6.4.1 Princípio da legalidade e aplicação da analogia.....	93
6.4.2 Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça.....	94

7 CONCLUSÕES.....	96
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	98
--------------------------	-----------

REFLEXOS DA FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1 INTRODUÇÃO

A execução da pena privativa de liberdade é matéria de extrema relevância para o Direito Penal, uma vez que o número de sentenciados cumprindo pena em regime fechado e semiaberto cresce de maneira alarmante. Nos últimos anos se verificou modificação da legislação penal como uma reação estatal ao aumento da criminalidade, podendo ser citadas como exemplo a Lei 10.792/2003, que inseriu o Regime Disciplinar Diferenciado, bem como a alteração na Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/2007, que fixou lapsos maiores para a progressão de regimes nos crimes hediondos e equiparados.

No entanto, ao lado da necessidade do Estado de controle social, estão os condenados que, apesar de sua situação jurídica, continuam mercedores de todos os direitos e garantias fundamentais, embora com a liberdade de locomoção tolhida.

Ao condenado, considerado sujeito e não objeto da execução penal, deverão ser assegurados todos os princípios penais e processuais, em especial os princípios da legalidade, taxatividade, ampla defesa e presunção de inocência em relação a fatos supervenientes. (nesse sentido, LOPES JR, 2007, p.383).

Verifica-se nos últimos anos um enrijecimento do tratamento penitenciário no que se refere às faltas disciplinares e suas consequências na execução penal.

Assim, abordou-se as questões referentes à disciplina no sistema prisional e, em caso de condenação administrativa, as consequências no que se refere aos benefícios e incidentes no processo de execução, tais como progressão de regime, livramento condicional e remição.

A escolha do tema se deve em razão do trabalho exercido desde 1997 como advogada da FUNAP (Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel), com atribuição de prestar assistência jurídica aos presos carentes. Durante quase 16 anos foram vistas mudanças no sistema prisional do Estado de São Paulo e

verificou-se que atualmente a questão da (in)disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais é conturbadora e necessita de estudo e pesquisa.

A pesquisa enfocou dois dos principais reflexos da falta disciplinar no processo de execução, quais sejam: a interrupção do lapso temporal para a progressão de regime prisional e a perda dos dias remidos.

Tem prevalecido corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a prática de falta disciplinar interrompe o lapso temporal da progressão de regime, o que implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto.

O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre os princípios penais e processuais penais e sua aplicação na execução penal, em especial o princípio da legalidade, bem como analisar a lei de execuções penais no que se refere às faltas disciplinares cometidas pelos sentenciados, abordando os reflexos das sanções disciplinares no processo de execução, sob a ótica da legislação e jurisprudência nacional.

Devido à natureza do tema, a investigação foi 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, utilizando-se de método dedutivo, analisando-se as informações obtidas através de pesquisas, bem como o método comparativo, que servirá para aferir posições doutrinárias divergentes.

Fez-se um breve estudo da história da pena e dos sistemas prisionais, bem como das teorias que fundamentam o direito de punir. Foram abordados os principais princípios orientadores da execução penal e, após, os fundamentos da pena e sua relação com a execução penal.

Foram estudados os direitos e deveres do preso, em especial no que se refere à disciplina no interior dos estabelecimentos. Por fim, com a necessidade de jurisdicalização da execução, foram abordadas as consequências da sanção disciplinar, em especial sobre a perda dos dias remidos e a eventual interrupção do lapso para a progressão.

2 HISTÓRICO DA PENA E DO SISTEMA PROGRESSIVO

2.1 Idade Antiga

Os povos antigos utilizavam como repressão a atos criminosos a vingança. Para Enrico Ferri (2003, p. 22), não basta dizer somente vingança, e sim vingança defensiva, pois havia a intenção, mais ou menos consciente, de impossibilitar a repetição da ofensa. A vingança defensiva era exercida pelo ofendido ou, em caso de sua morte, pelo seu clã ou familiares.

A vingança se tornava pública quando a ofensa atingia a coletividade. Nessa época, não havia limitações às vinganças, sendo que, por vezes, poderia atingir não somente o ofensor como toda a sua tribo. Nos casos em que a vingança era exercida entre membros do mesmo grupo, os excessos, quase sempre frequentes, poderiam prejudicar a própria tribo.

Segundo Von Liszt (2003, p. 75), as vinganças coletivas se davam de duas formas: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira, que era aplicada ao membro da tribo ou clã, consistia em retirar o infrator da proteção do grupo ao qual pertencia, expulsando-o, podendo ser agredido por qualquer pessoa, sem que ninguém da tribo pudesse socorrê-lo. A vingança do sangue era imposta ao “estranho”, que pertencesse à outra tribo e consistia na luta contra o estrangeiro e toda a sua tribo. Esclarecem Correa Júnior e Sechaira (2002, p. 24) que ambas tinham caráter sacral – a função da pena era reparatória – a fim de que o infrator se retratasse frente à divindade. Isto porque os povos antigos acreditavam que as divindades castigavam toda a sociedade pelos crimes cometidos por seus membros.

Interessante lembrar as instituições do totem (entidade protetora de um indivíduo ou grupo, simbolizada pela figura de um animal, ou, ainda, de um objeto, que era adorado e cultuado) e do tabu (ao mesmo tempo sagrado e proibido). Esclarece Manoel Pedro Pimentel (1972, p. 12), que “o **totemismo** deu um sentido de unidade aos grupos humanos primitivos, enquanto que o **tabu** pode ser considerado como responsável pelos primeiros sinais de comportamento causal, regulamentando a convivência ordeira e pacífica. Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao **totem** ou da desobediência ao **tabu**.”

Da vingança ilimitada, adotou-se a vingança circunscrita ao autor da ofensa e, posteriormente, na mesma proporção do dano, nos termos do talião. Este representou, então, um grande progresso para os povos antigos, uma vez que a vingança passou a ter uma limitação (de acordo com a lei mosaica: olho por olho, dente por dente), conforme Enrico Ferri. (2003, p. 22).

Segundo Aníbal Bruno (1967, p.72), “introduzia-se, desse modo, na reação vingadora uma exigência de justiça e se punha um limite, no interesse do grupo, aos excessos a que naturalmente conduz a ira do ofendido.”

Para efeito do talião, passou-se a admitir, por exemplo, que o ofensor fosse substituído por um escravo, o que deu origem à composição, passando posteriormente a ser permitida a reparação da ofensa com o pagamento em bens (gado, dinheiro, etc.), conforme Manoel Pedro Pimentel. (1972, p. 13).

Relatam Correa Júnior e Shecaira (2002, p. 27) que “A lei penal mais antiga que se tem conhecimento procede da Babilônia e é conhecida como Código de Hammurabi (XXIII a.C.). A composição era admitida em pequenos delitos patrimoniais, revelando a prevalência do princípio do talião (“olho por olho, dente por dente”) nas disposições penais.

Manoel Pedro Pimentel (1972, p. 11-13) entende que a pena não é uma herança da vingança privada ou uma reparação do mal causado pelo delito, não havendo dependência histórica entre a pena e a vingança. Embora estas tenham se mesclado em um determinado período, a pena seguiu sendo uma reação contra o mal, com fundamento na necessidade de manutenção da ordem e da paz social, e a vingança sendo uma reação de natureza humana.

Aníbal Bruno (1967, p. 72) esclarece que nesse período:

a vingança é sinal de ausência de uma ação pública punitiva, é ainda a guerra entre os grupos, embora dentro do agrupamento maior, e, assim, aparece fora do círculo da autoridade do grupo, até o momento em que se torna reconhecida ou é mesmo tornada obrigatória pelo poder público. Porque há um momento em que a vingança deixa de ser um direito para tornar-se um dever e, então, verdadeiro rudimento de pena, atuando o vingador, por assim dizer, como agente do poder punitivo do grupo.

Assim, embora todos os doutrinadores mencionem a vingança como repressão aos comportamentos indesejáveis na antiguidade, não é a vingança pessoal antecedente da pena, sendo que esta encontra sua origem na reação social

do grupo contra o agressor da ordem e da divindade. Segundo Franz Von List (2003, p. 76), a pena se apresenta, desde as primeiras fases do seu desenvolvimento, como “reação social contra ações anti-sociais”.

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).

No direito penal romano da antiguidade, a vingança e a expiação religiosa, eram por muito tempo as principais finalidades da pena, sendo a pena de morte aplicada frequentemente em diferentes modalidades. A pena de força era a mais comum, mas existiam outras formas de se aplicar a pena de morte, tais como o *culleum* (fechar o delinquente num saco de couro com diversos animais e jogá-lo no mar); a *vivi combustio* (queimar o condenado vivo) e a *bestiis obiectio* (combate com animais selvagens nos jogos circenses). (COSTA, 1953, p. 24).

Shecaira (1993, p. 28) relata que em Roma, tem-se notícia de que os trabalhos forçados foram introduzidos por Tibério no ano 23 d C. em substituição à pena capital. O condenado passava a ser propriedade do Estado e eram diferenciados dos outros escravos pela denominação de escravos da pena, *servus poenae* como diziam os juristas. A penalidade tinha três espécies: trabalho nas minas, trabalhos forçados perpétuos e trabalhos forçados por tempo determinado.

Para Shecaira (1993, p. 28), o trabalho nas minas era a mais grave das penalidades da época, uma vez que:

Aplicava-se por toda a vida e os condenados eram submetidos à marca de ferro quente, além de executarem suas tarefas sob vigilância militar e com a aplicação de inúmeros e constantes castigos corporais. As outras duas modalidades eram variações menos graves da anterior, sendo que, no caso dos trabalhos perpétuos, se o condenado, após dez anos, não fosse mais útil para trabalhar, podia ser entregue a família.

Elias Neuman (1971, p. 22) menciona que quando era preciso castigar um escravo, os juízes, por equidade, delegavam tal missão ao *pater-familiae*, que poderia determinar a reclusão temporária ou perpétua no chamado *ergastulum*. O *ergastulum*, segundo Neuman tinha um caráter mais doméstico que público, sendo um verdadeiro cárcere privado em que se procedia a repressão de delitos e

indisciplinas. Caso o senhor não desejasse assumir o compromisso, entendia-se que renunciava a propriedade do escravo, que poderia então ser condenado perpetuamente a trabalhos forçados nas minas. Além dos escravos, indivíduos de classes inferiores podiam ser condenados à pena perpétua de trabalhos forçados. Já os membros das classes superiores eram condenados a trabalhos forçados temporários de caráter público.

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 ante-sala de suplícios, onde se aguardava o julgamento ou execução.

Ainda, utilizava-se o preso em trabalhos forçados, perpétuos ou não. Como a pena tinha tão somente um caráter retributivo, sem qualquer finalidade, o trabalho do condenado, por sua vez, era utilizado tão somente em benefício do Estado e como forma de causar sofrimento ao condenado.

2.2 Idade Média

Com duração aproximada de mil anos, a Idade Média iniciou-se com a queda do império romano, no século V, e teve seu término com a queda de Constantinopla, em 1453.

Desde o século V até o século XI houve o predomínio do direito germânico.

Inicialmente, o direito germânico previa dois tipos de sanção: a “vindicta da comunidade”, quando o delinquente rompia a paz publicamente e a “vindicta do sangue” quando se tratava de crimes privados. No primeiro caso, o delinquente era declarado fora da lei, sem pátria e sem família, podendo impunemente ser morto por qualquer pessoa. No segundo caso, sujeitava-se à vingança do ofendido ou de sua família. A vindicta do sangue podia ser resgatada pela composição. (FERRI, 2003, p. 27).

Esta opção pela composição, na medida em que o direito penal germânico foi se tornando público, passou a ser obrigatória. Por esta razão, o direito penal germânico se destacou nesse período por sua tendência ao restabelecimento

da paz social através da reparação, em contraposição às sanções punitivas, como esclarecem Zaffaroni e Pierangeli. (1997, p. 192).

A privação da liberdade, assim como na antiguidade, 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).

Leonardo 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. Ressalta esse autor que:

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 Elias 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).

O direito canônico, juntamente com o direito germânico, constituiu a base jurídica da vida medieval, mas se contrastava com o direito germânico na medida em que, pelo Cristianismo, pregava o perdão, e se opunha às vinganças privadas, uma vez que só as autoridades poderiam punir, impondo ao direito penal um excessivo espírito de expiação e penitência. (FERRI, 2003, p. 27-28).

Conforme Corrêa Junior e Shecaira (2002, p. 31) "o mérito do Direito Penal canônico, portanto, foi o de consolidar a punição pública como a única justa e

correta, em oposição à prática individualista da vingança privada utilizada pelo Direito Germânico”.

Na idade média foi muito utilizada a prisão eclesiástica, que pode ser tida como antecedente da prisão como pena privativa da liberdade. Era usada no direito canônico e consistia na reclusão, em mosteiros, de sacerdotes infratores e como castigo aos hereges.

A prisão eclesiástica respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da igreja e tinha como finalidade fazer com os infratores, através do isolamento, da oração e da penitência, se arrependessem do mal cometido. Tal prisão não pode ser comparada às prisões modernas, mas eram mais humanas do que às tradicionais (que eram baseadas em suplícios e mutilações). (BITENCOURT, 2001, p. 10).

A pena, no direito canônico, não era vinculada ao dano causado à vítima e sim era tida como um castigo divino, com objetivo de correção espiritual. (RIOS, 1994, p. 13).

Assim, na idade média atribuiu-se pouca importância aos aspectos de reinserção social do encarcerado, como o trabalho prisional, uma vez que a pena de prisão tal como é hoje concebida, teve repercussão tão somente na idade moderna, como se verá.

2.3 Idade Moderna

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

Com a idade moderna, o continente europeu passa a ter um grande problema com os pobres, que cresciam em números assustadores e, com a pobreza generalizada, surgem a mendicância, a vadiagem, crescendo, em consequência, o número de delinquentes. Isso se deu em decorrência do desaparecimento do feudalismo, das guerras religiosas, etc.

Para controlar a delinquência, não era mais possível aplicar indiscriminadamente a pena de morte, pois já não se acreditava ser ela capaz de reduzir a criminalidade e porque não poderia ser imposta a tanta gente. Assim, começam a ser utilizados expedientes como expulsão e trabalhos forçados em esgotos e galés.

As galés eram embarcações impelidas por remos, utilizadas desde a antiguidade grega até os fins do século XVIII. As penas de galés consistiam na condenação para remar essas embarcações, constituindo-se uma prisão flutuante, onde os prisioneiros eram acorrentados e obrigados a remar sob ameaça de chicote. Posteriormente, “pena de galés” passou a ser denominação para as penas de trabalhos forçados executados por prisioneiros agrilhoados.

A pena de galés surgiu no século XVI, sendo mantida por alguns países até o século XVIII. Segundo Bitencourt (2001, p. 148-149) foi uma das penas mais cruéis dentre as aplicadas naqueles tempos. Utilizaram-na países como Inglaterra, França e Itália.

Em relação às mudanças ocorridas nesse período, Galdino Siqueira (1947, p. 742) relata que:

A partir do século XVI, a pena, que revestia o caráter fundamental da intimidação, com todo êsse 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 delinqüentes, não impediam o desenvolvimento da criminalidade, e que representavam êles 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.

Outro importante movimento surgido na segunda metade do século XVI foi o das construções das casas de correção ou trabalho, onde eram detidos os condenados por delitos menores.

A primeira casa de correção foi a de Bridwell, na Inglaterra, fundada em 1552. Segundo Bitencourt (2001, p. 18):

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão-de-ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as idéias que inspiraram o

penitenciário clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros para a vadiagem e a ociosidade.

Embora à House of Correction de Bridwell seguissem-se outras casas de correção em cidades da Inglaterra, foi a fundação das casas de correção na Holanda que tiveram maior transcendência na história penitenciária.

Em 1596 foi criada em Amsterdam a casa de correção para homens (*Rasphuis*) e em 1597 a casa de correção para mulheres e mendigos (*Spinhis*), destinada para tratar a pequena delinquência, alojando-se também pessoas cujos parentes queriam corrigir a irregularidade de suas vidas. (NEUMAN, 1971, p.31)

Michel Foucault (2000, p. 100) esclarece que o funcionamento da Rasphuis obedecia três princípios: 1- a duração das penas poderia ser alterada pela administração de acordo com o comportamento do prisioneiro, isto é, poderia haver a redução da pena imposta na sentença no caso de bom comportamento. 2- o trabalho era obrigatório e realizado em comum, e os detentos dormiam em celas que continham até doze pessoas, reservada a cela individual como punição. Havia pagamento de salário pelo trabalho efetuado. 3- sistema de proibições e obrigações, com vigilância contínua, leituras espirituais, tudo para atrair o bem e desviar do mal.

Sobre a finalidade dessas casas de correção assevera Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 18) que:

Procurava-se alcançar o fim educativo por meio do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa. Todos esses instrumentos são coerentes com o conceito que se tinha, nessa época, sobre a reforma do delinquente e os meios para alcançá-la. Tinha-se a convicção de que o castigo e a utilização dos conceitos religiosos permitiam a correção do delinquente. Considerava-se, por influência calvinista, que o trabalho não devia pretender a obtenção de ganhos nem satisfações, mas tão-só tormento e fadiga.

Por outro lado, para os delitos mais graves, continuaram sendo aplicadas a pena de morte e as penas corporais.

Esclarece Rodrigo Sánches Rios (1994. pg. 16-17), analisando a obra de Rusche e Kirchheimer (*Pena e Estrutura Social*), que no decorrer dos séculos XVI e XVII, os problemas com a indigência, vadiagem e todos os marginalizados que o

fim do sistema feudal tinha produzido, teriam levado à construção das chamadas casas de correção e trabalho.

No entanto, não foi só um princípio humanitário que tornou possível a substituição da pena de morte pela pena privativa da liberdade nos delitos menos graves. Tal fato se deve, também, à necessidade que existiu, na época, de se aproveitar a mão-de-obra dos condenados e como instrumento de submissão ao regime então dominante, o capitalismo.

Foi na Itália que surgiram as primeiras precursoras das prisões modernas. Segundo Franz Von Liszt (2003, p. 387), podem ser assim consideradas a prisão celular de Franci, em Florença (1677) e a casa de correção, construída por Clemente XI em Roma no ano de 1703. Pela primeira vez foi experimentado, com feliz resultado, o trabalho em comum sob a lei do silêncio durante o dia, e a prisão celular durante a noite.

Filippo Franci, sacerdote italiano, com base nas ideias de Hipólito Francini funda em Florença o Hospício de San Felipe Néri, inicialmente para crianças errantes, admitindo posteriormente jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito e os reclusos usavam obrigatoriamente capuzes em atos coletivos para que não se conhecessem uns aos outros, sob pena de castigos graves. Dá-se importância à reintegração do recluso à comunidade. (NEUMAN, 1971, p. 33)

As ideias de Franci se tornaram conhecidas graças a Juan Mabillon, um monge beneditino que, após sua passagem por Florença, escreveu um livro cujo título era “Reflexões sobre as prisões monásticas” (1690-1695) Segundo Elías Neuman (1971, p. 33-34), Mabillon deve ser citado como um precursor uma vez que naqueles tempos não se falava em emenda moral e regeneração do delinquente.

Outro estabelecimento também tido como precursor das prisões modernas é o fundado em Roma pelo Papa Clemente XI. Ao mesmo tempo em que servia de asilo para órfãos e anciãos, servia como casa de correção para jovens delinquentes. Os pilares deste regime foram: a) trabalho; b) isolamento; c) silêncio e d) ensinamento religioso.

Neste estabelecimento os reclusos trabalhavam durante o dia sob absoluto silêncio, mantendo-se em isolamento nas celas durante a noite, sendo que a disciplina era mantida com sanções consideravelmente severas.

No entanto, o predomínio da pena restritiva da liberdade e de prisão propriamente dita só começou com a casa de correção de Gand, em 1775, na Bélgica. Os réus se reuniam de dia para o trabalho em comum e à noite eram recolhidos às suas células. Estabeleceu-se um pecúlio que era pago ao condenado quando colocado em liberdade. (NEUMAN, 1071, p. 32).

Esclarece Michel Foucault (2000, p. 100) que:

A Cadeia de Gand organizou o trabalho penal em torno principalmente de imperativos econômicos. A razão dada é que a ociosidade é a causa geral da maior parte dos crimes. Um levantamento – um dos primeiros sem dúvida – feito sobre os condenados na jurisdição de Alost, em 1749, mostra que os malfeitores não eram artesãos ou lavradores (os operários só pensam no trabalho que os alimenta), mas vagabundos que se dedicavam à mendicância.

Gand, então, seria uma casa de correção realizando, de certa maneira, a pedagogia universal do trabalho. De acordo com Foucault (2000, p. 100-101), essa pedagogia teria vantagens como formar uma quantidade de novos operários, contribuindo, pela concorrência, com a diminuição da mão-de-obra. Ainda, reconstituiria no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho, com a ideia de que “quem quer viver tem que trabalhar”. A remuneração pelo trabalho melhoraria as condições do detento durante e após a detenção.

A Idade Moderna foi marcada, ainda, pelo iluminismo e pelo pensamento de reformadores como Beccaria, John Howard e J. Bentham.

Cesare Bonesana, nascido em 1738, também conhecido como Marquês de Beccaria, escreveu, aos vinte e seis anos, o livro *Dos delitos e das penas*, tendo revolucionado o Direito Penal com suas ideias. 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. Contribuiu para o processo de humanização da pena e até hoje se reconhece o seu brilho.

Ainda atual é a opinião de Beccaria (1997, p. 88) sobre a “brandura das penas”, ao entender 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.

Infelizmente, tal assertiva pode ser aplicada ao nosso país, uma vez que se editam, insistentemente, e em vão, leis severas, como no caso dos delitos considerados hediondos ou do regime disciplinar diferenciado, enquanto ainda existe uma grande impunidade no país.

Pelo brilhantismo com que expôs suas ideias, e pela importância de sua obra, cita-se a conclusão deste ilustre reformador do século XVIII (1997, p. 139): “para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”.

Outro importante autor do século XVIII foi John Howard, que iniciou uma corrente preocupada com a reforma carcerária. Escreveu sobre o estado das prisões na famosa obra *“The state of prisons in England and Wales with an account of some reformation”* publicada em 1777. Assim como a obra de Beccaria, o livro de Howard provoca grande impacto na Inglaterra.

Comparando Beccaria com Howard, Elias Neuman (1971, p. 69), relata que o primeiro deu os lineamentos para as reformas das penas, com sentido solidário e generoso, enquanto Howard deu embasamento humano ao regime carcerário, sendo que ambos têm em comum o mesmo acento de veemente sinceridade e o mesmo empenho de abrir passo às realizações do futuro.

Em seu livro, Howard retrata a realidade das prisões em seu tempo, que se encontravam em estado deplorável, que caracterizando sua obra o sentido prático, humanitário e grande entusiasmo em relação à reforma penal. Insistia na necessidade de construção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena, com higiene e atendendo as necessidades elementares do preso. (BITENCOURT, 2001, p. 39).

Segundo Galdino Siqueira (1947, p. 744), Howard deixou em sua obra:

descrita a situação lastimável em que se encontravam os prisioneiros, submetidos a regime duro, a penas disciplinares corporais, numa promiscuidade revoltante, mal alimentados, mal vestidos, metidos em prisões sem higiene alguma e, por isso, focos de febres infecciosas, que os dizimavam e se propagavam para a população livre, deixando aquele livro profunda impressão nos centros civilizados.

As soluções preconizadas por Howard centralizavam-se numa formulação básica: isolamento, trabalho e instrução.

Howard propunha a obrigação do trabalho para combater a ociosidade e a educação, em especial a educação religiosa, para possibilitar a correção dos detentos. Pregava que a remuneração pelo trabalho deveria ser consideravelmente menor do que o trabalho livre e que os condenados devem trabalhar em comum por 10 horas diárias.

Como mencionado por Cezar Roberto Bittencourt (2001, p. 41), a obra de Howard:

considerava que o trabalho obrigatório, inclusive penoso, serviria de meio adequado para a regeneração moral. Deu grande importância ao trabalho como meio reabilitador. Apesar de tal ideia ser muito discutível atualmente, vigora até nossos dias. Não considerava obrigatório o trabalho para os processados, o que ainda se mantém na penitenciária contemporânea.

No entanto, entende Rodrigo Sánches Rios (1994, p.14-15) que:

parece que o autor não era levado somente por uma finalidade humanitária, mas também por uma análise econômica que procurava explicar a 'inexistência de trabalho improdutivo com fins puramente disciplinares e de intimidação, que encontravam explicação pela doutrina do 'laissez-faire' e da livre concorrência num contexto econômico de mão-de-obra excessiva'.

Ainda no século XVIII, destacou-se Jeremy Bentham, criador do famoso "panóptico", um modelo de penitenciária onde seria possível ter facilmente o controle de tudo o que ali ocorresse. No entanto, seu projeto não chegou a desenvolver-se plenamente, tendo sido mais aceito nos Estados Unidos, mas não em sua total concepção. (BITENCOURT, 2001, p. 55-56).

Enquanto Howard se preocupou com as condições em que se cumpriam pena, Bentham priorizou a arquitetura das prisões.

Bentham, assim como outros reformadores, também acreditava no poder reabilitador do trabalho, condenando os trabalhos penosos e inúteis. Como esclarece Cezar Roberto Bittencourt, Bentham considerava que o fim principal da pena era prevenir delitos (prevenção geral), e de maneira secundária, admitia o fim correccional da pena. (BITENCOURT, 2001, p. 52).

Esclarece Michel Foucault (2000, p. 166-167) que o efeito mais importante do panóptico era o de induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade (ser totalmente visto sem nunca ver), o que assegura o funcionamento automático do poder (vê-se tudo sem nunca ser visto). O objetivo era fazer com que a vigilância fosse permanente em seus efeitos mesmo sendo descontínua em sua ação.

Concluindo, a pena de prisão tornou-se a principal espécie de sanção imposta pelo direito penal moderno, deixando, aos poucos, para trás as penas corporais, a pena de morte, as penas infamantes e os suplícios.

Isto porque, como esclarece Galdino Siqueira (1947, p 743):

Em uma época de individualismo e de liberdade, em que o homem se habituou a considerar a liberdade em geral e a liberdade de ir e vir em particular como um bem tangível, toda restrição à liberdade é naturalmente considerada como o maior dos sofrimentos e daí porque o sistema penal gravitou em roda da prisão, que assim exerceu sobre os espíritos uma verdadeira tirania.(sic)

A evolução foi lenta, e pode-se dizer que a pena de prisão, tal como hoje é concebida, é recente, e por essa razão acredita-se que deverá ainda ser em muito modificada, a fim de que possa cumprir a finalidade de reinserção social e não apenas se destinar ao recolhimento de criminosos.

2.4 Sistemas Penitenciários

Com o surgimento da pena de prisão, tal como hoje é concebida, entendeu-se que estava ocorrendo um grande avanço para a humanidade. Isto porque veio ela em substituição a penas mais cruéis, que eram as penas corporais e a pena de morte. Até então, a prisão não era a considerada pena em si mesma, servia ela tão somente para aguardar o julgamento das penas principais ou a execução das penas (corporais) aplicadas. Os cárceres seriam tão somente como uma sala de espera para a execução da verdadeira pena.

Com o surgimento da pena e a necessidade de organização dos cárceres, o direito penal conheceu três grandes sistemas penitenciários: O sistema pensilvânico ou celular, o sistema de Aurburn e os sistemas progressivos.

Esclarece Manoel Pedro Pimentel (1989, p. 265) que “os sistemas penitenciários representam corpos de doutrinas que se realizam através de formas políticas e sociais constitutivas das prisões”. O sistema seria gênero, do qual o regime penitenciário seria espécie. E continua o autor: “Os regimes penitenciários são formas de administração das prisões e os modos pelos quais se executam as penas, obedecendo a um complexo de preceitos legais ou regulamentares”. No Brasil, exemplificando essa distinção, adota-se o sistema progressivo, com os regimes fechado, semiaberto e aberto.

2.4.1 Sistema pensilvânico ou celular

Este sistema, caracterizado pelo isolamento, surgiu em 1775 na cidade de Filadélfia, nos Estados Unidos, razão pela qual também é chamado de sistema de Filadélfia. Consistia no isolamento completo do condenado, em cela individual, durante as 24 horas do dia.

Objetivava-se o arrependimento do condenado e acreditava-se que a solidão o faria meditar, sendo que só era permitida a leitura da Bíblia e de outros livros sagrados. Assim, a inspiração do sistema era mística e religiosa.

Relata Michel Foucault (2000, p. 201) que “na prisão pensilvaniana, as únicas operações da correção são a consciência e a arquitetura muda contra a qual ela se esbarra”, complementando que o preso é forçado a ouvir sua consciência.

Aos poucos, a rigidez do sistema pensilvânico foi sendo abrandada, autorizando-se a saída da célula e o contato com funcionários do presídio. Mais tarde se permitiu o trabalho do preso durante o dia. No entanto, embora adotado por inúmeros países, não atingia sua finalidade, que seria a “redenção” do delinquente.

O trabalho era exercido para livrar os presos da ociosidade, bem como para fazê-los suportar os gastos da prisão com o trabalho, mas havia retribuição individual aos condenados, para assegurar sua reinserção moral e para guardar recursos para o momento da liberdade. (FOUCAULT, 2000, p. 102).

Nas condições de isolamento em que permanecia o condenado, pode-se dizer que o trabalho era um consolo, mas exercido isoladamente, não servia para a regeneração do preso, uma vez que não podia ser comparado ao trabalho livre, diante da concorrência e da vida industrial.

De acordo com Galdino Siqueira (1947, p. 745):

acresce notar que o trabalho na célula tendo, no ponto de vista técnico, um caráter especial e não podendo ter nada de comum com o trabalho dos ateliers, das usinas e manufaturas, é difícil obter constantemente trabalhos apropriados a tôdas as categorias de detentos.(sic)

Assim, apesar de se tentar com o isolamento manter o condenado afastado das más influências e da promiscuidade, não se conseguia tornar o indivíduo apto ao convívio social, pois para isso é necessário a coexistência e cooperação permanentes, o que era impossível de se obter com o sistema pensilvânico.

Relata Franz Von List (2003, p. 387) que, enquanto nos Estados Unidos, o sistema de Filadélfia perdia lugar para o sistema de Auburn, na Europa a prisão celular começou sua marcha triunfal.

2.4.2 Sistema auburniano

A Penitenciária de Auburn foi construída em 1816 no Estado de Nova Iorque. Em 1823, substituiu-se o *solitary-system* pelo *silent-system*. Seu 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, sob pena de castigos corporais (chicote). Não havia possibilidade de qualquer comunicação externa. (LISZT, 2003, p. 387).

Entende-se esse sistema como uma evolução do sistema de Filadélfia, tendo sido fundado por sociedades filantrópicas que reagiram ao sistema de isolamento absoluto, além de possuir motivações econômicas. Esclarece Galdino Siqueira (1947, p. 746) que nesse estabelecimento o regime era, em substância, o mesmo aplicado em Gand, na Bélgica.

Os detentos só podiam se comunicar com os guardas em voz baixa e com a permissão destes. Para Michel Foucault (2000, p. 200), esse sistema tomava por referência o modelo monástico e a disciplina da oficina, com a finalidade de requalificar o criminoso como indivíduo social. No modelo de Auburn:

a prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical.

Interessante, no tocante ao trabalho realizado nos cárceres, o estudo realizado por Rusche e Kirchheimer (1978) apud RIOS (1994, p. 20). Estes autores relatam que no sistema de isolamento absoluto, o trabalho do preso era inutilizável, até porque, o elemento religioso era o único elemento pedagógico, visando a redenção espiritual do condenado. No início do século XIX, diante das novas exigências do mercado de trabalho, passou a ser necessário industrializar as oficinas penitenciárias, o que não seria suportado pelo isolamento absoluto. Assim, se impôs o sistema de Auburn progressivamente (com o trabalho em comum durante o dia e o isolamento noturno), registrando-se grandes vantagens econômicas.

Rodrigo Sánchez Rios (1994, p. 21) acredita que o mérito desses autores foi identificar um vínculo intrínseco, às vezes condicionante, entre a importância atribuída ao trabalho penitenciário e as necessidades do mercado de trabalho, embora critique a supervalorização dada ao fator econômico como único elemento fundamental de toda a discussão sobre a função da pena.

A escassez ou o excesso de mão-de-obra também justificariam o sucesso do sistema de isolamento celular na Europa e o fracasso do mesmo nos Estados Unidos, onde prevalecia o sistema auburniano. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 81):

Naquele período a Europa não necessitava do trabalho prisional produtivo, em razão do desenvolvimento das forças produtivas. Interessava-lhe, nas circunstâncias, um regime fechado, que atendia melhor às suas necessidades. A oferta de mão-de-obra não era insuficiente, por essa razão não era necessário que a prisão a suprisse. A Europa necessitava que a prisão servisse de instrumento para intimidar e diminuir a delinquência.

Ainda de acordo com essa concepção do trabalho, nos Estados Unidos era mais interessante o regime auburniano, uma vez que permitia um trabalho mais eficiente e produtivo, porque as condições econômicas e sociais o permitiam, além de ser mais econômico, pois em uma mesma prisão podia-se alojar mais presos, o que se traduzia em economia para o Estado.

Por outro lado, esse sistema não visava diretamente a reforma do delinquente, mas sim a obediência do recluso e sua conformação ao trabalho, de maneira silenciosa e controladora, sendo útil ao sistema capitalista.

2.4.3 Sistemas progressivos

Os sistemas progressivos têm por essência distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, possibilitando-se o retorno à sociedade antes mesmo do término da condenação, bem como o aumento dos privilégios, com diminuição do rigor penitenciário na medida em que o condenado progride, tudo com base no bom comportamento do recluso.

Esclarece Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 83) que:

a meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

O sistema progressivo, também chamado de Irlandês, foi concebido em 1853 por Walter Crofton, conciliando regras dos sistemas de auburniano e celular, com períodos de abrandamentos.

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.

O sistema adotado no Brasil é o progressivo, através do qual as penas são cumpridas, progressivamente, em três regimes (fechado, semi-aberto e aberto), com possibilidade de obtenção do benefício do livramento condicional. Poder-se-ia dizer que o sistema é moderno e democrático, mas, como assevera Ney Moura 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 está atualmente investindo na construção de penitenciárias (regime fechado). No entanto, poucos são os estabelecimentos penais em que se cumpre pena em regime semiaberto, deixando este regime por vezes prejudicado.

Se, em caso de condenação em regime inicial semiaberto não existir vaga para o cumprimento da pena, o condenado aguarda 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 aguarda por meses sua remoção para estabelecimento adequado, ocasião em que, eventualmente, os tribunais permitem que se aguarde a vaga em regime aberto, quando há constrangimento ilegal pelo excesso de prazo na remoção.

O maior problema, nestes casos, é absoluta inexistência de casas do albergado, e o cumprimento do regime aberto em prisão albergue domiciliar.

Ney Moura Teles (2004, p. 333) entende que o sistema 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.

Dessa forma, o regime 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 do fim que se quer dar a pena: a reinserção social do condenado.

2.5 Evolução Histórica da Pena e da Progressão de Regimes no Brasil

A história das penas no Brasil em muito se diferencia da história dos povos europeus. Isto porque, 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 Aníbal 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, René Ariel 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.

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 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”.

Relata Dotti (1998, p. 42), quanto às medidas que afetam a liberdade, que a *servidão penal* raramente aparece como pena, mas era admitida em alguns casos, como por exemplo, de um judeu que se fizesse passar por cristão, ocasião em que o rei poderia determinar sua entrega como escravo a qualquer pessoa.

As Ordenações Manuelinas foram efetivamente a legislação do início do regime colonial, embora esclareça Aníbal 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 Heleno 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.

Essa legislação se baseava na ideia da intimidação pelo terror e, de acordo com Heleno 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.

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).

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).

Não se pode esquecer que o Brasil, desde a chegada dos primeiros colonos, foi uma sociedade escravista. Isto porque os europeus que para cá se deslocavam só sobreviviam se possuíssem um escravo para lhe garantir o sustento (caça, pesca). Após, com a posse de 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).

Com relação aos açoites, embora a Constituição tivesse abolido a pena de açoites, a situação dos escravos era diferente, uma vez que não eram tratados como cidadãos. Essa prática durou ainda muito tempo, sendo os açoites aos escravos inclusive supervisionados por médicos, por recomendação do Ministério da Justiça em 1861.

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 e sugeria a implantação do sistema progressivo irlandês, que de fato veio a ser adotado no Código Penal de 1890.

No entanto, numa sociedade escravista, tal como vivida pelo Brasil no século XVIII e XIX, não se podia conceber, tal como na Europa, a regeneração do condenado pelo trabalho. Até porque não havia a valorização do trabalho. Como esclarece Andrei Koerner (2001, p. 218), “a desqualificação do trabalho na sociedade escravista tornava aquele praticado no interior das prisões não uma forma – mesmo ilusória – de regeneração dos indivíduos, mas uma parte própria da punição”.

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 na segunda fase do cumprimento das penas. Conforme Roberto 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, podendo-se dizer, como o faz René Ariel Dotti (1998, p. 209), que não há 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.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DA EXECUÇÃO DA PENA

3.1 Considerações Sobre os Princípios

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).

Como ensina André Estefam (2010, p. 108-110), existe distinção entre princípios e regras jurídicas, sendo que, hierarquicamente, os princípios são superiores às regras, pois constituem sua base e sua *ratio*. Esclarece que, no confronto entre uma regra e um princípio, este deve prevalecer, pois os princípios fixam padrões de justiça.

Assevera, ainda, quanto aos princípios que “Eles possuem uma eficácia impeditiva de retrocesso: uma vez sendo dada execução a uma norma constitucional, o legislador não pode voltar atrás.” (ESTEFAM, 2010, p. 110).

Paulo Queiroz e Aldeleine Melhor (2006, p. 10), discorrendo sobre os princípios constitucionais na execução penal, 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 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.

Embora existam outros princípios relativos ao Direito Penal e Processual Penal, optou-se por citar aqui aqueles que mais afetam a execução da pena privativa de liberdade.

3.2 Princípio da Legalidade

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”.

Do mesmo modo, estabelece o artigo 1º do Código Penal que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Em se tratando de incriminar condutas, serve o princípio da legalidade como verdadeira garantia do cidadão frente ao Estado.

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.

Na execução penal, o princípio da legalidade também deve ser observado. Segundo André Estefam (2010, p. 116):

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.

Espancando qualquer dúvida a esse respeito, a Lei de Execução Penal, editada em 11 de julho de 1984, 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”.

Luiz Luisi (2003, p. 17-26) ensina que o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: o da reserva legal, da determinação taxativa (ou taxatividade) e o da irretroatividade.

De maneira pouco diversa, André Estefam (2010, p. 112) entende que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*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.

3.2.1 Princípio da anterioridade

A necessidade de ser a lei incriminadora anterior ao fato é a decorrência lógica da legalidade.

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".

Do mesmo modo, André Estefam (2010, p. 112) 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.

3.2.2 Princípio da reserva legal

Por este princípio, 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.

Luiz 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, 2010, p. 113).

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.

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.

Ocorre que, por legislador local, deveria se entender Lei Estadual, elaborada pela Assembleia Legislativa Estadual, e sancionadas pelo Governador. No Estado de São Paulo isto não ocorre, estando as faltas médias e leves disciplinadas no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais, editado por Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, como se discutirá oportunamente.

Luiz Luisi (2003, p. 22-23), com propriedade ímpar, aduz que “um problema de indistigável 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”.

3.2.3 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.

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”.

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 André Estefam (2010, p. 112), “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.”

José Frederico 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”

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.

3.2.4 Princípio da taxatividade

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 (2010, p. 114) 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 lei¹.

Na execução penal, pode-se dizer que as faltas disciplinares deveriam ser taxativas. Em se tratando de falta disciplinar de natureza grave, não há dúvidas de que o rol do artigo 50 da LEP é taxativo. No entanto, algumas das expressões lá utilizadas, como “incitar ou participar de movimento para subversão a ordem ou a disciplina” (inciso I), possuem conteúdo vago ou amplo.

3.3. 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).

Sobre esse dispositivo, Luisi (2003, p. 29) 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.

Sobre a retroatividade benéfica, 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). Em caso de alteração legislativa que prejudique o sentenciado, deve ser observada a irretroatividade.

¹ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Sérgio Antônio Fabris Editor. Editora Sete Mares, Porto Alegre 1991, p.18.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com a lei dos crimes hediondos. Só puderam ser considerados hediondos os crimes cometidos após a entrada em vigor da lei.

Paulo Queiroz e Aldeleine 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.

A aplicação retroativa de uma norma penal mais severa tornaria inócuo o princípio da legalidade.

3.4 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 Paulo Xavier 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.

Aqui interessa 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 José Eduardo Goulart (1994, 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.

3.5 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, 2010, 123-124)

Ensinam Paulo Queiroz e Aldeleine 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 proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a proporcionalidade das penas, entende-se que o castigo deve guardar proporção com a gravidade do delito praticado.

Pela proporcionalidade, entende Andrei Zender Schmidt (2007, 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.

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

Uma sanção penal deve ser, portanto, adequada, necessária e proporcional ao fato.

3.6 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade no direito penal consagrou-se com o iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, defendendo os direitos inerentes a condição humana e com proibição de penas degradantes.

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.

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 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).

3.7 Princípio da Jurisdicionalidade

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

Este princípio será melhor abordado em capítulo em separado, que trata das questões referentes às consequências da falta disciplinar.

Outros princípios poderiam aqui ser mencionados, mas estes foram os considerados mais importantes para o presente estudo.

4 FUNDAMENTOS DA PENA E SUA RELAÇÃO COM A EXECUÇÃO PENAL

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

Para Claus 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.

4.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

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.

Claus 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 Luís 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 Bettioli, 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 Luís 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 a seguir se passa a expor.

4.2 Teorias Relativas ou Preventivas

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.

Dividem-se as teorias preventivas em dois grupos: a prevenção especial e a prevenção geral, que por sua vez subdivide-se em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

4.2.1 Teoria da prevenção especial

Para os defensores da teoria da prevenção especial a função da pena seria atuar no agente para que este não volte a delinquir. Esclarece Claus 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 ajuste-se 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, 2007, p. 208)

Dentre as consequências da teoria da prevenção especial, acredita-se que a principal delas é a ressocialização. 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.

Claus 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”.

4.2.2 Teoria da prevenção geral

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 Alessandro 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 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 do novo Regime Disciplinar Diferenciado.

Alessandro 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.

4.3 Teoria Mista ou Unificadora

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 José Frederico 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 Frederico 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 Roberto 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 Claus 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.

Cezar Roberto 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”.

5 DIREITOS E DEVERES DOS PRESOS

5.1 Os Direitos dos Presos

Os direitos dos presos estão elencados no artigo 41 da Lei 7.210/84, cujo rol, com 16 (dezesesseis) incisos, constitui uma simples exemplificação, uma vez que estabelece o artigo 3º que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Além disso, por tratar a Constituição Federal das penas, estabelecendo ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, bem como vedando penas de caráter cruel (artigo 5º, incisos XLVII e XLIX), entre outros direitos expressamente previstos na Carta Magna, como a proibição de tratamento desumano ou degradante, é certo que os direitos dos sentenciados vão além dos descritos no rol do artigo 41 da LEP, que abaixo se transcreve.

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.

Ainda, é direito do preso (embora também arrolado como dever), o trabalho e sua remuneração.

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 ele nenhum dos direitos inerentes à sua condição humana. Desta forma, para se saber quais são os direitos do condenado, melhor analisar os deveres impostos pela lei para, por exclusão, se garantir que tudo que não lhe for proibido, será permitido.

Mais uma vez deve ser lembrado 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).

Schmidt (2007, 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.

Destarte, devem ser garantidos aos condenados todos os direitos decorrentes de sua condição de pessoa humana.

5.2 Os Deveres dos Presos

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

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.

Schmidt (2007, 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.

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.

5.3 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.

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.

Christiane Russomano 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.

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 “prisionalizar-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.

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.

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.

Para Schmidt (2007, 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.

No entanto, o que se verifica é que vários comportamentos são tidos como infração disciplinar sem que os mesmos tenham qualquer repercussão ou ofensa ao estabelecimento prisional. Na Penitenciária de Presidente Bernardes os sentenciados que trabalham na cozinha foram sindicados (em julho de 2013 – procedimento administrativo nº173/2013) 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.

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

5.3.1 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, como em várias oportunidades já se viu, estabelecer casos de falta grave que ali não estão previstas.

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.

Antes do acréscimo do inciso VII, que se deu com a Lei 11.466, de 28 de março de 2007, no Estado de São Paulo havia Resolução 113, de 25 de novembro de 2003 da SAP, prevendo a posse de celular como falta de natureza grave. Essa previsão era ilegal, mas aplicada largamente até a alteração legislativa.

Interessante notar a questão da posse ou porte de aparelho celular. Acrescentado na lei recentemente, não previu o inciso VII como falta grave a posse ou porte de componentes ou acessórios do celular, tais como o “chip” ou um carregador de bateria. Constatou no inciso VII que o telefone deveria permitir a comunicação com o ambiente exterior.

No artigo 1º da Resolução nº 113 da SAP de São Paulo havia expressamente essa disposição (posse de acessórios), que não foi mencionada pelo legislador federal. 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.

Em outros casos, como é obrigação do condenado a obediência 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 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 bebida alcoólica, e conseqüentemente a ingestão passa a ser falta disciplinar de natureza grave, embora tal conduta não esteja arrolada no artigo 50 da LEP.

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?

Andrei Zenker Schmidt (2007, 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. 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.

Ela Wiecko V. de 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.

Salo de Carvalho e Christiane Russomano 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.

Com efeito, um dos maiores problemas que se vê hoje em dia nas unidades prisionais de regime fechado são as faltas disciplinares relativas ao desrespeito aos servidores públicos, reger geral ao agente penitenciário. Percebe-se que o limite de tolerância está muito baixo e que, por diversas razões, a relação entre agentes penitenciários e sentenciados está cada vez mais tensa. Deste modo, como os detentores do “poder disciplinar” são os agentes, qualquer que seja a conduta do condenado que os desagradam, será este sancionado e, certamente, sofrerá punição administrativa.

5.3.2 Das faltas de natureza média e leve

Já as faltas médias e leves não encontram sua especificação na LEP, que estabelece no artigo 49 que a legislação local as especificará.

Assim, caberia aos Estados, através de suas Assembleias Legislativas, 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.

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.

Segundo Paulo Xavier (2006, p. 306):

A competência concorrente outorgada pela Constituição (art. 24, I) à União, Estados e Distrito Federal para “legislarem 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 manuais 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.

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.

Ocorre no Estado de São Paulo, então, 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 Ela W. V. de 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.

Deste modo, resta claro que a Administração Penitenciária 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, elas também apresentam consequências na execução penal ao sentenciado, uma vez que, no período

estipulada 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)

Infelizmente, tal entendimento não prevalece e os presos são sistematicamente condenados nos termos do RIP de São Paulo.

5.4 Procedimento Administrativo

Praticada uma 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.

Tratando-se 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, por meio do incidente de excesso de execução (nos termos do artigo 188 da LEP, quando um ato for praticado além dos limites legais ou regulamentares).

Aury Lopes Jr. (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 expiação, com elevado custo e inúmeros incidentes que exigem a intervenção do órgão jurisdicional”.

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”.

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.

Com efeito, instaurado um procedimento disciplinar, raramente o sentenciado é absolvido administrativamente. Isto ocorre com mais frequência em juízo, através dos incidentes de excesso em execução, uma vez que o juiz pode afastar a aplicação da sanção disciplinar.

No entanto, Aury Lopes Jr (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”.

Quando se trata da prática de crime doloso, que pelo artigo 52 será considerada falta grave, entende Renato 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.

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, como 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.

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.

Por outro lado, absolvido o preso no processo criminal, dependendo do motivo da absolvição, poderá ser pleiteado ao juiz da execução que afaste a punição administrativa.

5.5 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.

Quanto ao RDD falar-se-á oportunamente, diante das peculiaridades de tal sanção.

Excetuada a inclusão no RDD, as demais (incisos I a III), ao final do procedimento administrativo, podem ser aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento, 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 poderá 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, Christiane 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.

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.

Apesar de serem essas as sanções disciplinares previstas na LEP, a mais severa punição está prevista no Regimento Interno, e diz respeito ao prazo para reabilitação do comportamento ou conduta.

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. Tendo em vista que os benefícios previstos na LEP exigem o “bom comportamento carcerário”, a condenação administrativa pela prática de uma falta disciplinar é extremamente prejudicial ao condenado.

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.

5.6 Do Regime Disciplinar Diferenciado

O regime disciplinar diferenciado, embora chamado “regime”, não se confunde com os regimes prisionais que fazem parte da progressão de regimes, quais sejam, fechado, semiaberto e aberto. Assim, não é um regime prisional, tratando-se, na realidade, de modalidade de sanção disciplinar, cabível somente nos casos especificados no artigo 52 da LEP.

Instituído pela Lei 10.792/2003, já era utilizado no Estado de São Paulo desde a Resolução 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 (Sobre o assunto: Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire, 2007, p. 272-274).

O RDD será cabível nos casos dispostos 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 (§2º) 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

Embora de constitucionalidade duvidosa, o RDD vem sendo aplicado regularmente, mas não em larga escala. No Centro de Readaptação de Presidente Bernardes, nos últimos anos, o que se verifica é o baixo número de condenados no regime (35 a 40) e com prazos de inclusão em média de 180 dias e não mais os 360 que eram aplicados por ocasião da edição da lei.

5.7 Do Reconhecimento da Decisão Administrativa pelo Juiz da Execução

Após a decisão administrativa sobre a prática de falta disciplinar de natureza grave, deverão ser os autos encaminhados para o juiz da execução, para os fins do artigo 48, parágrafo único.

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 (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.

Assim, concluso os autos ao juiz da execução, deverá ele reconhecer que o condenado cometeu falta disciplinar de natureza grave, determinando a anotação da mesma no processo de execução e, se for o caso, proceder nos termos do artigo 48. Atualmente, também nesta decisão os juízes vêm determinando a interrupção do lapso temporal para benéficos, fazendo constar que a partir da falta será reiniciada nova contagem.

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

Deve ser analisado pelo juiz da execução se foram observados os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

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.

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.

Não dispõe a Lei sobre prazo para reconhecimento da falta disciplinar nem sobre a prescrição da sanção. No RIP de São Paulo há previsão de extinção da punibilidade em dois anos a contar da ciência do fato pela autoridade administrativa (artigo 77).

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 0110577-65.2011.8.26.0000, julgado em 31 de julho de 2012, e Agravo de Execução Penal nº 0269358-88.2011.8.26.0000, julgado em 17 de abril de 2012. Neste último constou 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.

A prevalecer esse entendimento, que em muito favorece o condenado, muitas das injustiças administrativas serão atenuadas, até mesmo porque, por vezes as sindicâncias demoram meses para serem concluídas.

Apesar de determinar a LEP que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa, devendo esta representar ao juiz em caso de falta grave (artigo 48) e comunicar ao juiz da execução sobre isolamento decretado (artigo 58), considerando a natureza jurisdicional da execução e uma leitura constitucional dos direitos do preso, Schmidt (2007, 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. Ideal seria que fosse revisto o rol de faltas graves, tornando-as mais taxativas. E que as faltas médias e leves fossem disciplinadas por Lei Estadual e não pela própria administração penitenciária.

6 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL E CONSEQUÊNCIAS DA SANÇÃO DISCIPLINAR

6.1 Da Natureza Jurídica da Execução Penal

Diz-se que a execução penal tem natureza mista ou complexa, isto é, apesar de ser cumprida em âmbito administrativo, pois os estabelecimentos prisionais estão ligados ao Poder Executivo, está ela intimamente ligada ao Poder Judiciário, a quem compete zelar pela legalidade da execução da pena.

Souza (2006, p. 298), relata que a posição dominante é a de 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).

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.

Aury Lopes Jr. (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, entendendo a execução como um sistema, trata-se de um sistema jurisdicional e não administrativo. Para ele, não há espaço para o ente administrativo presidir a execução.

Schmidt (2007, 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. Assim, a execução seria apenas jurisdicional.

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 à 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 compete zelar pelo correto cumprimento da pena e decidir sobre progressão de regime, remição da pena e afastar casos de excesso ou desvio (art. 66 e 185 da LEP).

Por outro lado, no tocante às faltas disciplinares, infelizmente impera o poder da administração. Isto porque, apesar de serem as faltas graves submetidas à apreciação do juiz, as faltas médias e leves não precisam ser a ele comunicadas e, no caso das faltas de natureza grave, vê-se que o juiz, geralmente, se limita a reconhecer a decisão administrativa e anotar a falta para fins de perda dos dias remidos, interrupção do lapso de benefícios, regressão de regime, além de outras consequências possíveis da falta grave, sem discutir o mérito administrativo.

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

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. Para tanto, pede-se, através de um incidente de excesso em execução, a revisão do procedimento administrativo.

Se assim não fosse, o poder da administração iria imperar na execução da pena.

Sendo a execução penal, portanto, predominantemente jurisdicional, devem ser observados, também, os princípios processuais penais da ampla defesa e contraditório, a presunção de inocência e a fundamentação das decisões.

Nesse contexto, Aury Lopes Jr. (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.

Para que se possa discutir sobre as consequências da falta disciplinar na execução da pena, em especial na progressão de regimes e remição, necessária se faz uma breve análise destes institutos penais.

6.2 Perda dos dias remidos

Uma das consequências negativas da prática disciplinar é a possibilidade de perda dos dias remidos pelo trabalho ou pelo estudo. E, diante da recente alteração legislativa sobre a remição, importante se faz o estudo do instituto da remição das penas.

6.2.1 Considerações sobre a remição de penas

Remição é o resgate de parte da pena imposta ao sentenciado pelo trabalho, na proporção de um dia de pena por três dias de trabalho ou, quando por estudo, na proporção de um dia de pena por 12 horas de estudo.

É um direito do condenado, de grande importância para a execução da pena, uma vez que, em alguns casos, consiste na maior esperança do recluso em retornar ao convívio social em menor tempo. Pode-se citar como exemplo o condenado reincidente específico em crimes hediondos, caso em que lhe é vedado o livramento condicional e a progressão de regime só poderá ser pleiteada após o resgate de 3/5 da pena.

A remição abrevia o lapso temporal para a obtenção de benefícios e, por vezes, é a principal forma de antecipar o cumprimento da pena. Além disso, considerando-se os ínfimos valores pagos pelo trabalho prisional na grande maioria dos casos, a concessão de dias remidos acaba sendo o principal incentivo ao trabalho.

Assim, a finalidade da remição é o abrandamento da pena privativa de liberdade.

No Brasil, o instituto da remição foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei de Execuções Penais (7.210/84) e tem grande relevância na execução

penal. Está disciplinado nos artigos 126 a 130 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) e sofreu alterações com a Lei 12.433/2011.

Nos termos do artigo 126, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

A remição por estudo foi introduzida em 2011, atendendo ao que vinha sendo decidido pelos tribunais sobre a possibilidade de concessão e pela equiparação do estudo com o trabalho.

Têm direito à remição tanto os presos condenados definitivamente como os presos provisórios, embora para estes não se imponha o dever de trabalhar. Isto porque, apesar de não existir certeza sobre a condenação, o preso provisório possui, em princípio, todos os direitos e deveres do condenado, sendo disposição do artigo 2º, §4º da Lei de Execução Penal sua aplicação ao preso provisório. Desta forma, embora não seja obrigado a trabalhar, caso o faça, terá direito à remuneração e à remição.

A declaração da remição se dá pelo juiz da execução, após a oitiva do representante do Ministério Público e da Defesa (art. 126, §8º da LEP). De acordo com o artigo 129, a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da Execução relação com os dias trabalhados pelos condenados.

Os dias remidos pelo sentenciado são computados como pena cumprida e devem ser levados em consideração para a obtenção de lapso temporal para os benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

6.2.2 Alterações no instituto da remição e a Súmula Vinculante nº 9 do STF

Em caso de prática de falta disciplinar, previa a antiga redação do artigo 127 da LEP que, em caso de punição por falta grave, o condenado perderia o direito ao tempo remido.

Atualmente, consta no artigo 127 que, em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido.

Primeiramente, deve ser feita observação no tocante à exigência da lei para a “punição por falta grave”. A punição em decorrência de falta grave, como já

tratada em capítulo anterior, só pode advir como consequência de procedimento administrativo disciplinar (sindicância) que conceda ao condenado o direito ao contraditório e ampla defesa.

Assim, noticiado nos autos do processo de execução que o condenado cometeu falta grave, a simples informação, com a comunicação da instauração do procedimento disciplinar, ainda que seja acompanhada com cópia de boletim de ocorrência ou denúncia (quando o fato tido como falta grave também configurar crime ou contravenção penal), não basta para a decretação de perda dos dias remidos.

É preciso que haja decisão administrativa quanto ao cometimento da falta disciplinar de natureza grave (faltas de natureza média e leve não dão ensejo à perda da remição). Nos casos em que o fato configure crime ou contravenção, há entendimento no sentido de que a sentença condenatória dispensa a decisão administrativa, com o que se concorda, uma vez que um processo criminal é mais complexo que um procedimento administrativo.

Antes de tratar da atual disposição do artigo 127 da LEP, necessário entender o quadro antes da alteração ocorrida em 2011, que mudou por completo o tratamento da perda dos dias remidos pelo sentenciado em caso de falta disciplinar. Muito se discutiu acerca da (in)constitucionalidade da redação antiga do artigo 127, isto porque, uma vez concedida a remição por decisão judicial, havia alteração na pena a ser cumprida, quer se computasse os dias remidos como pena cumprida, quer se descontasse os dias remidos do total da pena imposta.

Assim, antes de 2011, quanto à disposição do artigo 127 de que o condenado perderia o direito ao tempo remido, duas hipóteses deveriam ser levantadas. Poderia ocorrer que o condenado tivesse trabalhado por alguns dias ou meses antes do cometimento da falta grave e não tivesse sido declarada a remição por sentença judicial transitada em julgado. Ou poderia o sentenciado já ter obtido o benefício da remição, com trânsito em julgado da decisão concessiva e inclusão dos dias remidos no cálculo de liquidação de penas.

No primeiro caso, a prática de falta grave se constituía em obstáculo para a concessão do benefício da remição, sendo que para decidir, o juiz deveria atentar para a conduta carcerária do condenado e a inexistência de falta grave após o período trabalho.

No segundo caso, isto é, havendo decisão judicial transitada em julgado declarando a remição dos dias trabalhados pelo sentenciado, existiam várias interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, a saber: a) possibilidade de perda dos dias já considerados remidos; b) impossibilidade de perda dos dias remidos; c) possibilidade de perda, mas com limitação.

Para aqueles que entendiam ser possível a perda dos dias remidos, a fundamentação é de que o artigo 127 da LEP não é inconstitucional e que apresenta uma cláusula *rebus sic stantibus* para o instituto da remição.²

Já os que defendiam a impossibilidade de perda dos dias remidos entendiam que, uma vez declarada a remição por decisão judicial transitada em julgado, surgia para o condenado o direito à manutenção deste benefício, independentemente de prática de falta grave. Para estes, teria o condenado direito adquirido e uma decisão com trânsito em julgado material e não somente formal, não se podendo aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, sendo artigo 127 inconstitucional neste ponto, por ferir os direitos previstos no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.³

Como não havia a determinação expressa do atual artigo 128 de que os dias remidos são computados como pena cumprida, o desconto dos dias remidos era sobre o total da pena imposta (passados mais de dois anos da alteração, ainda assim é feito a maioria dos cálculos nas execuções), havia entendimento no sentido de que a sentença que declara a remição altera o título executivo judicial, diminuindo a condenação imposta. Esse posicionamento, embora fosse prejudicial no cálculo do lapso temporal para benefícios, fortalecia a tese de que não podem os dias já

² Veja-se: "A decisão que defere a remição, sobre ser de conteúdo declaratório e não constitutivo, não alcança os efeitos preclusivos da coisa julgada material. Bem ao contrário, pela própria condição resolutiva expressa, constante no artigo 127, LEP, segue-se que aquela decisão tem efeito de mera coisa julgada formal, passível, assim de cassação ou declaração de ineficácia ou insubsistência, ante a ocorrência, posteriormente, de falta disciplinar de natureza grave, pelo beneficiário (...)" (TACRIM, SP, Agravo em Execução nº 1.071.993/3, relator Juiz Sebastião Carlos Garcia).

³ Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: "REMIÇÃO – Perda dos dias remidos, em virtude de prática de falta grave, condicionada à inoccorrência do trânsito em julgado de sua sentença concessiva – Inteligência do art. 127 da LEP – Entendimento: O art. 127 da LEP autoriza apenas a perda dos dias remidos desde que tal direito não tenha sido ainda reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, sendo certo que, uma vez concedida a remição por decisão da Vara das Execuções Criminais, e já transitada em julgado, impossível sua mutação ou anulação, em virtude do posterior cometimento de falta grave pelo beneficiário, pois inexistente remédio jurídico para rescindir decisão favorável a um condenado. (Agravo em execução nº 1.266.693/2 – São José do Rio Preto – 4ª Câmara – Relator: João Morenghi – 4/12/2001 – v.u. – voto nº 5.151).

remidos por decisão judicial transitada em julgado serem extirpados do cálculo, porque houve a modificação do próprio título executivo.⁴

A terceira corrente era no sentido de que poderia haver a perda dos dias remidos, mas não indiscriminadamente. Deve haver uma proporcionalidade entre a falta grave cometida e o período de tempo trabalhado pelo sentenciado, limitando-se a perda de 30 dias remidos. Assim, não haveria, para o mesmo fato, punição mais severa para aquele que trabalhou por muitos anos, com inúmeros dias remidos e punição mais branda para o condenado que pouco tenha trabalhado durante o cumprimento de sua pena. O fundamento para tal limitação seria o artigo 58 da LEP, que autoriza a restrição de direitos em 30 dias no máximo, e deveria ser individualizada de acordo com a situação de cada sentenciado.⁵

Rui Carlos Machado Alvim (1987, p. 294) entendia que “o cometimento de uma falta grave não tem o dom de eliminar todo o período remicional anterior: há que buscar-se certa polaridade temporal entre temporal entre a data da realização da falta grave e o período remido anteriormente”.

Infelizmente, em 12 de junho de 2008, foi aprovada, por maioria de votos, da Súmula Vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”. Assim, “pacificou-se” o entendimento de que a antiga redação do artigo 127 era constitucional.

Deste modo, entre junho de 2008 e junho de 2011 (quando o artigo 127 foi alterado), em caso de condenação por falta disciplinar de natureza grave, os

⁴ O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já decidiu que: “REMIÇÃO – Prática de falta grave – Perda dos dias remidos, após o trânsito em julgado de decisão concessiva – Inadmissibilidade: - Transitada em julgado a decisão que decreta a remição, torna-se inadmissível a perda dos dias remidos pela prática de falta grave, sendo certo que o disposto no art. 127 da LEP pressupõe que o benefício não tenha sido concedido por decisão com trânsito em julgado, que alterou o título executivo estabelecido pela sentença condenatória no procedimento ordinário. (Agravamento em execução nº 1.385.727/7 – São José do Rio Preto – 4ª Câmara do TACRIM-SP – Relator: Marco Nahun – 14.10.2003 – V.U. – voto nº 5.115).

⁵ A esse respeito: *Limite na perda dos dias remidos*. TACRSP: “Conforme dispõe o art. 127 da Lei 7.210/84, o condenado que cometer falta grave perderá os dias remidos; porém, para se evitar injustiças, deve o Juiz, considerando os antecedentes de conduta do apenado e as consequências de seu ato, fixar a perda da remição até o limite previsto no art. 58, também da Lei de Execuções Penais” (RT 757/572).

E, ainda: TACRSP: “A perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave é uma sanção administrativa adicional e deve ser fixada pelo Juiz considerando os antecedentes de conduta do sentenciado e as consequências de seu ato, aplicando-se o limite previsto no art. 58 da Lei 7.210/84 e não a perda de todo o tempo já remido.” (RT 755/638). Neste acórdão, o voto vencido é no sentido de que a perda dos dias remidos só pode ser aplicada se a remição não tiver sido reconhecida por decisão transitada em julgado.

sentenciados perdiam todos os dias remidos, não importando a quantidade de tempo por eles trabalhados nem qual seria a falta cometida.

A Súmula não tratou a situação com “justiça”, seja por ferir os princípios constitucionais da coisa julgada e do direito adquirido, seja porque a remição, por ser consequência do trabalho do preso, tem caráter alimentar ou ainda, por ferir os princípios humanitários que devem prevalecer no âmbito do cumprimento das penas, em especial o da individualização das penas.

Corrigindo esta “injustiça”, em junho de 2011, a nova redação do artigo 127 da LEP foi extremamente benéfica aos sentenciados, ao estabelecer um limite para a perda dos dias remidos.

Assim, em caso de falta grave, poderá o juiz da execução revogar até um 1/3 (um terço) dois dias remidos, ou seja, poderá decretar a perda de 01(um) dia até o limite de 1/3 (um terço) dos dias, atentando-se ao caso em concreto. Poderá utilizar-se dos critérios do artigo 57 da LEP, e individualizar as consequências da conduta faltosa do sentenciado, analisando “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. Mais uma vez, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não sendo correto, sem fundamentação, determinar a perda em seu grau máximo, de 1/3 (um terço) dos dias remidos.

A Súmula Vinculante, desta forma, deve ser lida de outro modo. Não foi totalmente superada pela alteração legislativa, mas somente servirá para que não se continue a discussão da inconstitucionalidade do artigo 127, ou seja, é possível a perda dos dias remidos, mas com a atual limitação de até 1/3 (um terço) dos dias.

Por outro lado, tratando-se de norma benéfica, deverá retroagir para situações já julgadas, ou seja, para os sentenciados que tiveram os dias remidos perdidos na totalidade, é cabível pedido para o restabelecimento de, ao menos, 2/3 dos dias remidos que foram declarados perdidos.

Nos termos do artigo 66, inciso I, da LEP, o juiz da execução deverá aplicar a atual redação e restabelecer os dias perdidos ou eventualmente não concedidos em razão de faltas pretéritas.

6.3 Da progressão e da regressão de regime

Adotado o sistema progressivo na reforma penal de 1984, verifica-se que no Código Penal as disposições sobre os regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto) e na LEP 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).

Preceitua o artigo 33, § 2º do Código Penal brasileiro, 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.

Renato 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, 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.

6.3.1 Requisitos para a progressão

De acordo com o artigo 112 da LEP, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.792/2003:

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.

De acordo com esse artigo, 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.”

Ainda, estabelece o artigo 33, §4º, 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”.

Sendo 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 11.464/2007 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 nº 26 do STF, que determina ao juiz que observe a inconstitucionalidade da antiga redação do artigo 2º da Lei 8078/90.

Quanto ao 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 nº 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 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.

O bom comportamento é a ausência de falta disciplinar. 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, como antes já foi explicado.

6.3.2 Questões polêmicas sobre a progressão de regime

Desde a edição da lei dos crimes hediondos ocorreram diversas alterações relativas à progressão de regime. Diante da vedação de progressão para estes crimes, verificou-se, com o passar dos anos, um aumento considerável na população carcerária em regime fechado.

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 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. Essa alteração foi tão criticada que, passados alguns anos, decidiu o STF ser admissível, quando fundamentado pelo juiz a necessidade no caso em concreto, a realização do exame.

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.

Em 2006, com o julgamento pelo STF do HC que reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à progressão, houve uma grande mudança, pois, para os crimes hediondos e equiparados, passou a ser admitida a progressão com o cumprimento de apenas 1/6 (um sexto) da pena e o simples atestado de boa conduta. Em março de 2007 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.

Nesse contexto, embora há muitos anos existam julgados aplicando a tese de que a falta grave interrompe o lapso temporal da progressão, é certo que esse entendimento foi ganhando adeptos com o passar dos anos e, evidentemente, como forma de aumentar o rigor no sistema progressivo.

Isto porque, 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. Mas é exatamente o que diz a Lei. São estes os requisitos legais.

Outro problema sério no sistema progressivo é a ausência de vagas em estabelecimentos adequados ao cumprimento do regime semiaberto. No Estado de São Paulo, por exemplo, concedida a progressão ao regime semiaberto, o condenado permanece no regime fechado por vários meses aguardando sua remoção, em flagrante constrangimento ilegal, por cumprir pena em regime mais severo do que o determinado por decisão judicial.

Ainda, a terceira fase da progressão de regime praticamente inexistente. Isto é, o regime aberto deveria ser cumprido em casas do albergado, nos termos do artigo 93 da LEP. Ocorre que, salvo engano, atualmente no Brasil não há notícia da existência deste estabelecimento. Em São Paulo com certeza não existe. Assim, o regime aberto acaba sendo cumprido em prisão albergue domiciliar, o chamado PAD.

Chega a ser uma incoerência, pois há tanto rigor no cumprimento das penas nos regimes fechado e semiaberto e, na última etapa, o Estado se omite completamente. Talvez por isso, aqueles que pregam o rigor das penas, tentam a todo custo dificultar a progressão de regime. No entanto, o condenado não pode ser privado dos seus direitos pela ineficácia do Estado.

6.4 A Interrupção do Lapso de Benefícios

Como já mencionado, além de bom comportamento carcerário, o sentenciado precisa cumprir o requisito objetivo para a progressão de regime. De acordo com o artigo 112 da LEP, caberá a transferência para regime menos rigoroso

quando o sentenciado “cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior”. No caso de crimes hediondos ou equiparados, este lapso temporal está previsto na Lei 8.072/90 em 2/5 ou 3/5, como já explicado.

Por outro lado, estabelece o artigo 118, I, da LEP que, o condenado que cometer falta grave estará sujeito à regressão, com a transferência para regime mais rigoroso.

Assim, a falta grave, indiscutivelmente implica na regressão de regime, ou seja, poderá o sentenciado, estando no regime aberto ou semiaberto ser transferido para o regime semiaberto ou fechado.

Em razão da regressão, em caso de nova progressão, necessariamente deverá cumprir novo lapso temporal no regime anterior, isto é, aquele para o qual foi regredido (porque deve cumprir ao menos um sexto no regime anterior). É pacífico o entendimento que, em caso de regressão, o lapso para nova progressão será computado do tempo restante de pena após a prática da falta grave.

O que ocorre é que, caso o condenado pratique falta disciplinar no regime fechado, não haveria, pela lei, transferência para regime mais rigoroso, pela ausência de tal regime. Por essa razão, passou-se a entender que para estes casos deveria também ser exigida nova contagem do lapso temporal.

Nesse sentido, decidiu 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, 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.

Tem prevalecido corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a prática de falta disciplinar interrompe o lapso temporal dos benefícios na execução, o que implica no aumento do tempo necessário para os sentenciados serem promovidos ao regime semiaberto.

Para Renato Marcão (2013, p. 169), a prática de falta grave afeta tanto o requisito subjetivo como o objetivo da progressão de regime. Segundo este 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”.

Do mesmo modo, André Estefam (2010, p. 309) 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).

kuehne (2006, p. 155-146), em nota ao artigo 50 da LEP, cita diversos julgados onde se vê que predomina o entendimento de que a falta grave, ainda que cometida no regime fechado, interrompe o lapso temporal do semiaberto. No entanto, cita julgado 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.

Em julgado proferido em 02 de julho de 2013, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do agravo nº 0070298-66.2013.8.26.0000, cujo relator foi o Desembargador Ruy Alberto Leme Cavaleiro, 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 resposta à sua transgressão, com relação à progressão de regime. O relator fez uma analogia ao artigo 127, que determina o recomeço da contagem do tempo remido a partir da falta disciplinar, fazendo a seguinte fundamentação:

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 “premia-lo” e não é este o espírito da lei.

Respeitando a opinião do julgador, com ela não se pode concordar de modo algum. O sentenciado, ao ser condenado administrativamente pela falta disciplinar, foi devidamente punido, nos termos do que determina a LEP, ou seja, sofreu ele a punição de 30 dias de isolamento celular, a suspensão ou restrição dos direitos previstos nos incisos V, X e XV do artigo 41 e, o mais severo deles, que é a determinação de prazo para reabilitar conduta. No Estado de São Paulo, de acordo com o RIP, o condenado reabilta sua conduta 12 meses após o cumprimento do isolamento celular. Ou seja, praticada uma falta disciplinar, o sentenciado só terá boa conduta carcerária 13 meses após o fato. Antes disso, não terá presente o requisito subjetivo para pleitear a progressão de regime.

A interrupção, tal como pregada por Renato Marcão, Mirabete, André Estefam e em vários julgados, não encontra amparo legal, tratando-se de entendimento obtido por analogia *in malam partem* ao artigo 118 da LEP.

Por se discordar deste posicionamento, serão apresentados argumentos para fundamentar a impossibilidade de interrupção.

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.

A interrupção somente ocorreria para os casos de regressão, diante a imposição legal de cumprimento da pena no regime anterior ao que se pretende progredir.

Estando o sentenciado em regime fechado, e não havendo 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.

Não prevê a LEP expressamente a interrupção em caso de falta e, como se devem observar na execução os princípios da legalidade, taxatividade e impossibilidade de analogia *in malam partem*, seria impossível a interrupção.

Como asseverado pelo 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, pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, 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”.

Nesse sentido foi o entendimento do 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: “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”.

Vários dos precedentes citados em julgados do STF e STJ se referem à possibilidade de interrupção do lapso para a progressão quando há fuga ou outra falta pelo condenado que lhe ocasione a regressão. Neste ponto não se discorda. O que não se pode é usar de analogia aos casos de regressão ao caso de falta no regime fechado, como se tem feito ao longo dos anos.

Outro ponto que deveria ser considerado é justamente o contexto das punições por faltas disciplinares (nem sempre justamente aplicadas) e a atual sistemática para a expedição de um atestado de bom comportamento carcerário, como já mencionado. O preso que pratica uma falta grave, terá um ano de mau comportamento. Se cometer outra falta antes de reabilitar a primeira, esse prazo subirá para dois anos. Isto já é punição mais que suficiente para a indisciplina.

Acrescentar a interrupção do lapso temporal fere, inclusive, o princípio da proporcionalidade, uma vez que agrava severamente a pena imposta na condenação.

Além disso, em um mesmo episódio, em que dois presos estejam envolvidos, aquele com a pena maior será mais prejudicado pela sanção administrativa, pois terá maior tempo de pena a cumprir.

Ainda, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico de drogas (grande parte dos presos atualmente é de traficantes), com esse entendimento, teria que cumprir 2/5 ou 3/5 do restante da pena, o que pode inviabilizar a progressão de regime.

Não se defende aqui a falta de punição para a indisciplina, mas que essa indisciplina seja levada em conta por ocasião da análise do mérito do condenado. Juntamente com o exame criminológico, o próprio histórico prisional serve para o juiz verificar o requisito subjetivo. Ai poderá, analisando o caso em

concreto, o tipo de falta cometida, a gravidade real da situação, 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. Vários são os casos em que a gravidade da falta é duvidosa e que o condenado se sente injustiçado. Ou, ainda, casos em que a autoria não ficou devidamente comprovada (v.g., quando há punição de muitos sentenciados no mesmo procedimento sem individualização da conduta).

Além do mais, o preso foi punido administrativamente, com 30 dias de isolamento celular e as demais sanções disciplinares. Determinar o reinício do lapso para o semiaberto seria puni-lo novamente pelo mesmo fato.

Schmidt (2007, 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 sejam aplicadas a pretexto de, somadas, atingirem a suposta finalidade ressocializadora”.

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. Indiscutivelmente, a grande maioria dos presos é considerada pobre na acepção jurídica do termo e, de fato, foram vítimas de um Estado que se diz assistencialista, mas que marginaliza os menos favorecidos socialmente.

6.4.1 Princípio da legalidade e aplicação da analogia

Rogério Lauria 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 que não seja favorável ao réu 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.

Aplicar analogia nesta hipótese certamente implica em prejuízo do condenado, o que é vedado em direito penal.

Vico Mãnas, Desembargador-relator nos autos do Habeas Corpus nº 0271829-77.2011.8.26.0000, julgado pela 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em 14/03/2012, com brilhantismo asseverou 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.

Neste julgado, são citados diversos precedentes no mesmo sentido, de julgamentos do Tribunal de Justiça do Paraná, do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Paraná.

Infelizmente, o que se verifica, na prática da execução penal é que o princípio da legalidade sofre constantes e inadmissíveis violações.

6.4.2 Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça

Em razão do entendimento de que a falta disciplinar interrompia o lapso para a progressão, passou-se a aplicar esta mesma interrupção aos casos de livramento condicional. Mais do que analogia, seria verdadeiramente criar um novo

requisito para o livramento condicional, que não admite a forma regressiva e sim, em caso de descumprimento, revogação do benefício.

Assim, 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”.

Com isso, espera-se que, ao menos em relação ao livramento condicional não se aplique a interrupção.

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.

Quanto à progressão, como a súmula não fez menção, não se pode usar a mesma. Pelo contrário, costuma-se dizer que se o STJ quisesse teria acrescentado o termo “progressão” junto ao livramento condicional.

Ocorre que a falta deve interromper o lapso da progressão quando for caso de regressão, ou seja, cumprirá um sexto do restante da pena no atual regime (para o qual foi regredido). Portanto, esta Súmula não afeta o entendimento de que a falta no regime fechado não poderá repercutir no lapso temporal para o benefício do semiaberto.

Por obediência ao princípio da legalidade, não poderiam os juízes e tribunais determinar o reinício da contagem para o semiaberto em caso da prática de falta de natureza grave, ou, para que isto fosse aceitável, deveria ser alterada a Lei de Execução Penal, deixando taxativa esta questão.

7 CONCLUSÕES

O aumentando da severidade no cumprimento da pena e a restrição dos direitos do preso não significa que se conseguirá a diminuição da criminalidade, pois o resultado será transformar os condenados em homens ainda mais revoltados e embrutecidos pelo sistema.

Até porque, não se pode deixar de lado o caráter ressocializador da pena, pois os sentenciados, cedo ou tarde, irão retornar ao convívio social, sendo necessário que se busque melhorá-los e não somente mantê-los impossibilitados de cometer novos delitos enquanto durar o encarceramento.

Assim, embora se assista todos os dias a fúria da sociedade com relação às prisões e a ânsia descontrolada de cada vez mais distanciar os presos do convívio social, não se pode deixar de se indignar com o retrocesso vivido, com o esquecimento dos direitos humanos, tão dificilmente reconhecidos pelas nações, e tão facilmente deixados de lado quando se trata de tentar controlar o aumento da criminalidade.

Essa indignação não significa a indiferença aos temores da sociedade, e sim a certeza de que não é com o aumento da repressão no cumprimento da pena que se acalmarão ânimos dos delinquentes. E a prova dessa afirmação é a constatação de que não é a edição de leis severas, como a criação do regime disciplinar diferenciado, por exemplo, que diminui a criminalidade, uma vez que esta depende de um conjunto de fatores, que não só a forma rigorosa de cumprimento da pena.

Apesar de ser o cumprimento da pena responsabilidade do Estado-Administração, a execução da pena tem natureza predominantemente jurisdicional e todos os princípios penais devem ser observados, em especial o princípio da legalidade com seus desdobramentos (reserva legal, proibição de analogia *in malam partem* e taxatividade).

O condenado, cumprindo pena em regime fechado, privado de sua liberdade de locomoção, continua detentor de todos os direitos constitucionais inerentes à sua condição, que devem ser respeitados pelo Estado. O poder

disciplinar exercido pelo Estado não pode lhe impor um padrão de conduta que seria esperado dos cidadãos, mas sim que não viole direitos de terceiros.

Diante da indisciplina do condenado e após a conclusão do procedimento disciplinar, deverá o juiz da execução se manifestar, reconhecendo ou não a falta.

Reconhecida a prática da falta grave, o juiz da execução, deverá determinar a perda dos dias remidos. Uma vez que a atual legislação estabelece a perda de “até” 1/3 (um terço) dos dias remidos, deverá o juiz fundamentar sua decisão com base no caso em concreto, não se limitando a, ao reconhecer a falta, decretar “sempre” a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos, podendo fazê-lo em menor quantidade.

Quanto à progressão de regime, para se efetivar o sistema progressivo adotado na execução penal, não podem os juízes e tribunais ampliar os requisitos legais da progressão, determinando o reinício do lapso temporal do benefício quando o preso comete falta disciplinar no interior de estabelecimento prisional de regime fechado, por ferir o princípio da legalidade. Para que isto fosse possível, deveria haver alteração na legislação.

Destarte, a conduta prisional do condenado deve ser levada em consideração por ocasião da análise do mérito do benefício, sendo que as faltas disciplinares devem ser avaliadas criteriosamente pelo juiz da execução, observando os princípios da presunção de inocência, da legalidade e da taxatividade para a tipificação das condutas, bem como o princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Rui Carlos Machado. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Atlas, 1991

_____. **O direito à remição da pena**. RT 606, 1987.

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.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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. CONSTITUIÇÃO (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. DECRETO-LEI 2848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, **Código penal** In: site da Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 27 jun. 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. T. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

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

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.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofia**. Trad. Mariano Ruiz Funes, México: Union Tipografica Editorial Hispano Americana, 1953.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal: Leituras Complementares**. (organizador)... [et. al.]. Salvador: JusPODIVM, 2006.

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.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Volume 1**. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. trad. Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 23. ed. trad. Raquel Ramalhe. 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)

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

KOERNER, Andrei. **O impossível “panótico-tropical-escravista”: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 9. nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. 5. ed, Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal : Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : vol. II, arts. 28 à 74**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Tomo 1. Campinas: Russel Editores, 2003.

LOPES JR., 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.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

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.

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.

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 Sanches. **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, CLAUS. **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.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade : alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993.

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.

_____. **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.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral : arts. 1º a 120, volume 1.** São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.