

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**FALTAS DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES CRÍTICAS EM
APORTE A UMA TEORIA DA PENA DISCIPLINAR**

Vinícius Flores Branco

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**FALTAS DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES CRÍTICAS EM
APORTE A UMA TEORIA DA PENA DISCIPLINAR**

Vinícius Flores Branco

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Dr. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2018

**FALTAS DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES CRÍTICAS EM
APORTE A UMA TEORIA DA PENA DISCIPLINAR**

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

Florestan Rodrigo do Prado

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ___ de _____ de 2018.

Hino de Duran

Se tu falas muitas palavras sutis
Se gostas de senhas, sussurros ardis
A lei tem ouvidos pra te delatar
Nas pedras do teu próprio lar

Se trazes no bolso a contravenção
Muambas, baganas e nem um tostão
A lei te vigia, bandido infeliz
Com seus olhos de raios X

Se vives nas sombras, frequentas porões
Se tramas assaltos ou revoluções
A lei te procura amanhã de manhã
Com seu faro de dobermam

E se definitivamente a sociedade
só te tem desprezo e horror
E mesmo nas galeras és nocivo,
és um estorvo, és um tumor
A lei fecha o livro, te pregam na cruz
depois chamam os urubus

Se pensas que burlas as normas penais
Insuflas, agitas e gritas demais
A lei logo vai te abraçar infrator
com seus braços de estivador

Chico Buarque de Holanda

Dedico este trabalho a todos os relegados à margem do plano social. Aos que, em algum momento do curso de uma ilusória ideia de progresso, se viram despidos de meios para suportar uma condição fruto da arbitrariedade do projeto civilizatório.

AGRADECIMENTOS

À família, aos amigos, professores, e, em especial, à minha esposa, Marina Janine, pilar de toda a minha dedicação.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo fornecer argumentos para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de uma “teoria da pena disciplinar”. Parte de uma perspectiva crítica ao poder punitivo, que preza pela eficácia constitucional e pelo estabelecimento de limites à interpretação da lei. O referencial teórico histórico e sociológico serve de aporte para uma compreensão sistemática do tema versado. Visa-se, precipuamente, a identificar a invalidade de normas no seio da disciplina executória penal, bem como a traçar distinções entre esta e a disciplina administrativa, de modo a fundamentar a existência de um regime jurídico e uma dogmática próprios às infrações disciplinares. Critica-se, ainda, as posturas jurisprudenciais alheias ao constitucionalismo e ao paradigma filosófico trazido pelo “giro ontológico-linguístico”, demonstrando-se como as decisões no âmbito da execução penal partem de uma prática solipsista de viés punitivista, que nega a efetivação de direitos fundamentais aos apenados. Demonstra-se, outrossim, a opção do legislador por fórmulas demasiadamente abertas, as quais contribuem para a crise de ilegalidade nesta seara, ao conferir ampla discricionariedade às autoridades penitenciárias. A partir daí é proposta uma compreensão que parte da integridade do direito e do fornecimento de uma resposta constitucionalmente adequada, almejando o estabelecimento de limites aos excessos legais.

Palavras-chave: Execução Penal. Teoria da Pena Disciplinar. Inconstitucionalidades. Garantias Penais. Filosofia da Linguagem. Teoria Crítica.

ABSTRACT

The aim of the current study is to provide arguments to the development and improvement of a “disciplinary penalty theory”. It comes from a critical perspective of the punitive power, which appreciates the constitutional efficacy and the establishment of limits to the interpretation of the law. The historical and sociological theoretical reference offers a systematic contribution of the versed topic. It aims, mainly, to identify the invalidity of norms in the penal executory discipline, as well as draw distinctions between this and the administrative discipline, in order to ground the existence of a juridical regime and a dogmatic of disciplinary infractions itselfes. It is also criticized the jurisprudential positions unacquainted to the constitutionalism and the philosophical paradigm brought by the "ontological-linguistic turn", demonstrating how the decisions in the scope of penal execution depart from a solipsistic practice of punitive bias, which denies the effectiveness of fundamental rights to the victims. The legislator's option is also shown by overly openened formulas, which contribute to the crisis of illegality in this area by giving the penitentiary authorities wide discretion. From this, it is proposed an understanding that starts from the integrity of the law and from the provision of a constitutionally adequate response, aiming at establishing limits to legal excesses.

Key-words: Penal Enforcement. Disciplinary Penalty Theory. Unconstitutionality. Criminal Guarantees. Philosophy of Language. Critical Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PREMISSAS INICIAIS	Erro! Indicador não definido.0
2.1 Premissa Jurídica: a Natureza da Execução Penal.....	12
2.2 Premissa Histórica e Sociológica: Fábrica e Depósito.....	14
3 APESAR DA CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS PRELIMINARES .Erro! Indicador não definido.23	
4 CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TEORIA DA PENA DISCIPLINAR	26
4.1 Legalidade na Execução Penal.....	27
4.2 Faltas Disciplinares de Natureza Grave.....	Erro! Indicador não definido.
4.2.1 Incisos I e VI: ordem, disciplina, obediência e a discricionariedade.....	33
4.2.2 Inciso II: fuga, justificantes e exculpantes.....	37
4.2.3 Inciso III: posse de instrumento lesivo e, novamente, a discricionariedade.....	40
4.2.4 Inciso IV: "acidente" de trabalho.....	42
4.2.5 Inciso VII: aparelhos telefônicos e "similares"	42
4.2.6 Art. 52: crime, falta grave e o <i>bis in idem</i>	45
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

A prisão é objeto de estudos dos mais variados matizes e de diversos ramos das ciências humanas, mas sua presença é também sempre notável em manifestações artísticas, mormente literárias. Com sua ascensão à sanção penal por excelência a partir da modernidade, passou a povoar o imaginário de muitos, lugar um dia ocupado pelos suplícios.

É também objeto de reivindicação política e ideológica. Muitas vezes acusada de estimular a indolência, de fornecer condições de vida imaginadas acima dos padrões do trabalhador comum, de impor ao contribuinte gastos com seres ditos desmerecedores da assistência social; por outro lado, de violar direitos humanos, de não assegurar uma condição de existência digna, de não perseguir com verdadeiro vigor o ideal recuperador a que se propõe. Não são apenas dois lados que reivindicam a necessidade de correção no sistema prisional: há uma multipolaridade de discursos, que compreende também os que pretendem a própria ruína da instituição.

No interior dos muros prisionais uma série de pequenas autoridades exercem um poder difuso, ora pautado na lei e na ordem constitucional, ora à sua margem. À prática de uma conduta nem sempre ilegal, muitas vezes tipificada em atos infr legais, segue-se a instauração de um procedimento estranho ao processo de conhecimento criminal permeado de garantias – embora com frequência negligenciadas pelos aplicadores da norma – que culmina na imposição de uma sanção observada de longe e de esquelha pelos magistrados.

Tratar das infrações disciplinares na execução penal, sob uma perspectiva científico-jurídica, implica no reconhecimento de limitações aos agentes estatais, seja na elaboração como na execução de normas, o que tem como epicentro a consolidação de uma noção de normatividade constitucional. Tal perspectiva logra ascensão no período do pós-guerra, com a crise de legalidade que tem seu auge no nazismo, e permite o desenvolvimento de uma nova doutrina jurídica.

A Constituição Federal, portanto, é o ponto de partida de todas as normas e o primeiro horizonte a ser contemplado pelos agentes do Estado. Nela também constam os traços iniciais do sistema punitivo e o aparato de garantias constitucionais limitadoras da persecução penal. Daí a multiplicidade de discursos sobre o cárcere encontrar seu limite neste diploma normativo: não cabe aos

legisladores, magistrados e autoridades penitenciárias se furtarem à aplicação daquele – tampouco das leis que nele encontram sua base de validade – a pretexto de desempenhar a atividade que supõem política ou socialmente adequada, arrogando-se uma posição de arautos da moral.

O presente trabalho pretende abordar o tema sob uma perspectiva hermenêutica e sistemática, tendo como referencial teórico autores cuja ocupação precípua se volta ao fornecimento de respostas adequadas à constituição, como é o caso de Streck e Oliveira, bem como de autores empenhados na construção de uma teoria crítica no seio da execução penal, tais como Roig e Carvalho.

A adoção da hermenêutica importa no reconhecimento da virada linguística e nas consequências que essa revolução da linguagem trouxe para o direito. A partir daí é possível identificar limites semânticos, mormente pela imposição do filtro constitucional. O método sistemático permite um olhar amplo ao tema, sob seus diversos prismas, e, por isso, uma compreensão aprofundada das razões subjacentes ao tratamento dado aos direitos dos apenados pelas diversas instâncias e órgãos da persecução penal.

Também nos valem do método dedutivo, pelo qual traçamos premissas maiores na afirmação de normas constitucionais e construções dogmáticas do direito penal, a partir das quais se verifica a adequação da norma infralegal, concluindo-se pela validade ou invalidade jurídica de determinadas leis e atos infralegais.

Por fim, o método histórico, aliado a considerações de cariz sociológico, fornece razões para identificar certas posturas jurisdicionais, bem como conduz ao reconhecimento de princípios e garantias penais, que permitem as construções teóricas levadas a cabo neste trabalho.

No primeiro capítulo são delineadas as premissas iniciais, de natureza filosófica, histórica e sociológica, sobre as quais o tema será desenvolvido. No segundo capítulo, ocupou-se com a identificação de normas e atos infralegais em desconformidade com a Constituição, que compõem a musculatura do braço punitivo estatal. Já no terceiro capítulo, busca-se justificar a necessidade de existência de um regime jurídico próprio às infrações disciplinares, visando a dar vazão à efetividade de garantias constitucionais, bem como discorre-se acerca do princípio da legalidade na execução penal e, por fim, sobre as faltas disciplinares propriamente. Por fim, no derradeiro capítulo, opera-se a conclusão.

2 PREMISSAS INICIAIS

Antes de adentrar o tema do presente trabalho, imperioso traçar algumas premissas a partir das quais será desenvolvido.

A premissa inicial, de natureza filosófica, é, possivelmente, a mais relevante, porquanto ignorada por boa parte da doutrina jurídica. Traduz-se na constatação da superação, levada a cabo pela denominada “filosofia da linguagem”, do esquema sujeito-objeto; vale dizer, da filosofia da consciência, que tem suas raízes no pensamento kantiano.

Se o esquema sujeito-objeto, fruto da modernidade, significou o abandono das posturas objetivistas da metafísica clássica, invertendo a polaridade do conhecimento e alçando o sujeito à posição de primazia nesta estrutura, a filosofia da linguagem – desenvolvida ao longo do século XX por Heidegger, Wittgenstein, Gadamer, etc. – desempenhou semelhante papel na ruptura com a filosofia da consciência. O denominado giro-linguístico (e o giro-ontológico-linguístico) por ela inaugurado estabeleceu-se como novo paradigma filosófico.

No giro-linguístico “a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina” (STRECK, 2012, p. 14). Na linguagem se dá a ação, o sentido; o sujeito surge na própria linguagem, de modo que o que morre é “a subjetividade ‘assujeitadora’ e não o sujeito da relação de objetos [...]” (STRECK, 2012, p. 14-15).

Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade” (STRECK, 2012, p. 59-60)

Já não é mais possível admitir que os significados sejam construídos a partir do sujeito. Há uma comunidade compartilhada de sentido que a ele se apresenta previamente e se antecipa à própria interpretação.

Nesta senda, é possível inaugurar no direito novo caminho para uma crítica do positivismo normativista e da discricionariedade que o acompanha – até

mesmo em suas formas mais sofisticadas – em uma tentativa de combater o arbítrio judicial e controlar o poder decisório a partir de limites instituídos sobre o tabuleiro democrático.

Para os fins a que nos propomos neste trabalho, partir desta premissa importa reconhecer os limites da atividade jurisdicional, que se prestam ao controle do arbítrio (ou discricionariedade). Limites esses que se manifestam na linguagem – semânticos – e, portanto, exurgem das próprias normas jurídicas.

Trata-se também de exigir do magistrado no desempenho de sua função precípua o respeito aos preceitos constitucionais. A hermenêutica possibilita justamente superar o problema da interpretação/aplicação, relegado a segundo plano pelos positivistas, de sorte que as respostas possam ser “adequadas à constituição” (STRECK, 2017, p. 52).

Afirmar a força normativa da constituição não significa altear os princípios a patamar superior, como que disponibilizando um instrumental ao magistrado a ser utilizado ao seu bel-prazer – o que abriria margem à expansão do decisionismo e um retorno à filosofia da consciência. Implica, ao revés, admitir um resgate do mundo prático pelos princípios, defendido por Streck. Os princípios são deontológicos: sua normatividade advém de uma

convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. (STRECK, 2017, p. 577)

Todo caso é oxigenado por princípios; ou melhor, em todo caso “compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios – e não o princípio” (OLIVEIRA, 2007, p. 189) e toda decisão deve ser neles justificada. Existe uma diferença ontológica entre princípios e regras, “mas seu acontecimento se dá numa unidade que é a antecipação de sentido” (OLIVEIRA, 2007, p. 189).

A perspectiva traçada por Streck é fortemente influenciada pelas construções de Dworkin acerca da integridade do direito. O autor rejeita os convencionalismos e pragmatismos, e propõe que as afirmações jurídicas são “opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica

contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 2014, p. 271).

2.1 Premissa Jurídica: A Natureza da Execução Penal

A segunda premissa se refere à natureza da execução penal. A afirmação de natureza de determinado instituto sempre traz o perigo de se incorrer em um conceitualismo com pretensão de preestabelecer um significado e aprisioná-lo como entidade metafísica. A questão que se põe aqui trespassa, inelutavelmente, pelo arcabouço normativo constitucional. Defender uma natureza jurisdicional à execução é conferir ao condenado o acesso à jurisdição diante de qualquer ato inerente àquela atividade: vale dizer, é afirmar que ele é titular de todos os direitos não privados necessariamente e nos estritos termos legais pela própria imposição da pena. Talvez a melhor pergunta seja justamente se existe uma via de acesso à jurisdição e aos direitos a ela inerentes, diante dos atos praticados no procedimento em questão.

A execução penal consubstancia-se no processo de aplicação da reprimenda ao condenado. É o momento derradeiro da persecução penal, aquele no qual a sanção se materializa e produz seus efeitos, que serão suportados pelo recluso; o verdadeiro clímax do exercício do poder estatal sobre o indivíduo.

Como corolário dessa afirmação, deve ser reconhecido o caráter jurisdicional do instituto em comento, o que implica o respeito aos direitos e garantias individuais. A propósito, todos os direitos não atingidos pela sanção penal devem ser resguardados, a teor do que dispõe o art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. No mesmo sentido o contido no art. 3º da Lei nº 7.210/84.

Tal previsão seria até mesmo desnecessária, considerando tratar-se de desdobramento do princípio da legalidade estrita, de natureza constitucional. Afinal, as autoridades administrativas só podem agir de acordo com o que a lei determina, se mostrando descabida a limitação (violação) de direitos não proveniente da lei (art. 37, da Constituição Federal).

A esse despeito, há vozes que defendem ainda uma natureza puramente administrativa à execução penal – embora francamente minoritárias –; outras pugnam por uma natureza mista: administrativa e jurisdicional.

Não há como admitir, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, a prevalência das referidas teses, as quais acabam desconsiderando o conflito de interesses que envolve o procedimento executório, e incorporando elementos inquisitoriais avessos ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal, e até mesmo ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (ROIG, 2014, p. 105).

Em defesa da natureza jurisdicional, e acerca da necessidade do controle de legalidade, Carvalho (2001, p. 169) pontua: “Não se pode olvidar que a execução está vinculada à sentença penal, constituindo lesão toda e qualquer atividade restritiva além do estabelecido pelo Estado-juiz”.

A própria Lei de Execução Penal traz em seu bojo diversos dispositivos que apontam neste sentido.

O art. 194 prevê que “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução”. Ora, se a Lei nº 7.210/84 é que rege a execução penal e as situações nela previstas estão sob o crivo do judiciário – estabelecendo-se, portanto, verdadeira relação jurídico-processual – é jurisdicional o processo. Já o art. 2º vaticina: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”.

É incontestável existirem determinadas atividades de natureza administrativa no curso do processo de execução. No entanto, a mera existência daquelas não afasta a natureza jurisdicional deste, assim como a existência de atividades de caráter administrativo não rechaça a natureza jurisdicional do processo de conhecimento (ROIG, 2014, p. 105).

Atribuir natureza administrativa à execução pressuporia que o processo penal termina com o trânsito em julgado da sentença (CARVALHO, 2008, p. 164, *apud*, DIAS, 1974, p. 36-37). Desconsideraria, ainda, a necessidade de intervenção judicial nos incidentes da execução (CARVALHO, 2008, p. 164). Mesmo as concepções híbridas têm por consequência tratar os direitos decorrentes dos

incidentes como meros benefícios, contrariando a ideia de que constituem verdadeiros direitos públicos subjetivos (CARVALHO, 2008, p. 165).

Carvalho (2008, p. 170) arremata:

Imprescindível notar, preliminarmente, a impossibilidade de existência de um sistema jurídico híbrido ou misto, seja ele processual, penal ou penalógico, como inúmeros autores postulam. A característica dos sistemas, como a dos paradigmas e dos tipos ideais, é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. O modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. O sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.

É possível, todavia, visualizar práticas ou regras afetas a outro sistema; as quais não descaracterizam a matiz original, apenas a maculam, pois o sistema é caracterizado pela presença de um princípio reitor que estabelece sua teleologia (CARVALHO, 2008, p. 170-171).

2.2 Premissa Histórica e Sociológica: Fábrica e Depósito

A terceira, e última premissa fundamental para a compreensão do tema é de natureza essencialmente histórica e sociológica, embora também tangencie aspectos filosóficos.

Antes de discorrer a respeito dela, faz-se necessário um alerta: o de que não se pretende defender a possibilidade de o juiz afastar a aplicação de uma norma diante de constatações morais, psicológicas, sociológicas, ou de outros elementos externos ao direito.

Presta-se a permitir observar as razões subjacentes a determinadas normas e posturas judiciais – muitas daquelas sem amparo constitucional; muitas destas sem amparo legal – as quais acabam por erigir obstáculos à concretização de direitos fundamentais. Mas nem todos os argumentos a serem levantados importarão em críticas à ilegalidade. Alguns o serão para melhor compreensão do fenômeno executivo penal como um todo, em uma perspectiva que pretende extravasar a barreira da analítica.

A história da modernidade, narra Bauman (2005, p. 40-41), é repleta da produção de projetos. A partir dela avulta-se o declínio do espaço selvagem, daquilo

que está imune à intervenção da cultura. A construção da ordem tomou – ou foi conduzida a – uma posição de primazia na história da civilização.

A prisão é apenas um segmento da ampla cadeia de instituições que permeiam a vida social e que são destinadas a desempenhar papéis específicos na realização dos projetos civilizatórios. A forma como é utilizada como pena tem variações significativas desde que foi alçada à condição de sanção penal por excelência.

Entre os projetos e a concretização dos ideais que os inspiravam, limitações naturais, de “ordem técnica”, econômicas, impediram a plena correspondência do esboço do plano aos edifícios erigidos. A este despeito, é possível identificar os resquícios, o eco ou, por vezes, as formas gerais estabelecidas para a prática de determinados atos no âmbito da instituição prisional, alguns dos quais foram realocados, reconfigurados, rearranjados para desempenharem outras funções, ou mesmo, desempenhando as mesmas, para atingir objetivos distintos dos originais (ou oficiais).

Sem a pretensão de (re)traçar a longa história das prisões, limitamo-nos a expor, nesta etapa, o nascimento e desenvolvimento da instituição prisional como pena precípua, bem como toda a sorte de ideais e relações de poder que a penetra(ra)m e os contextos socioeconômicos que constituíram o pano de fundo sobre o qual se apresenta.

Os precedentes mais próximos das casas de correção remontam à Inglaterra do século XVI, embora na Holanda seu progresso tenha alcançado contornos mais específicos (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p. 67-68).

Em obra paradigmática, Rusche e Kirchheimer relacionam o desenvolvimento dessas instituições às forças econômicas em movimento na Europa (e, de certo modo, em outras partes do globo). Mais precisamente, à ascensão do capitalismo e das superestruturas correspondentes a esse novo modo de produção. É na Holanda que o capitalismo gozava de maior grau de desenvolvimento ao fim do século XVI; porém, ao contrário da Inglaterra, não havia reserva de força de trabalho: daí a premência de se aproveitar de toda mão de obra disponível, reinserindo-a na cadeia produtiva (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p.68).

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (poorhouse), oficinas de trabalho (workhouse) e instituições penais. Seu objetivo era transformar a força de trabalho dos

indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiririam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, p.69).

Desde o seu nascedouro, com o Rasphuis de Amsterdã, a prisão guarda relação estreita com o trabalho. A princípio e por muito tempo – esse discurso pode ser encontrado nos mais diversos projetos prisionais brasileiros dos séculos XIX e XX – esperou-se que o cárcere pudesse funcionar como verdadeira fábrica, capaz de ser lucrativa e poder, ao menos, arcar com o seu próprio custo de manutenção.

A história, como bem advertem Melossi e Pavarini (2010, p. 211) foi implacável em amargar essa aspiração: “na prática ela restou, no mais das vezes, frustrada, mal se conseguindo transformá-lo em uma “empresa marginal”.

Outro escopo da produção foi perseguido – ao menos a princípio – com maior êxito: a produção de proletários. O cárcere deveria ser capaz de transformar o criminoso em proletário, impingindo aos reclusos a disciplina da fábrica, de modo que o objeto da produção foram mais os homens do que as mercadorias (MELOSSI e PAVARINI, 2010, p. 211).

Os ecos do discurso “ressocializador” ressoam ainda hoje e foram em boa parte incorporados ao ordenamento jurídico, servindo mesmo de vetor para elaboração de boa parte das normas e regulamentos infralegais afetos à execução criminal. Arrogando-se um pretense ideal humanizador quando da ascensão do Iluminismo e dos ideais reformadores propalados ao longo do século XVIII, logrou tornar esse “‘homem’ descoberto no criminoso” no “alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – ‘penitenciárias’, ‘criminológicas’” (FOUCAULT, 2014, p. 74). O alvo central dessa reforma foi, em verdade, a concentração do poder, a projeção de uma “nova economia do poder”, mais eficiente, descentralizada, apta a combater com eficiência a criminalidade, houve “um esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos”, a busca de uma melhor distribuição, de uma repartição que possibilitasse seu exercício “em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social” (FOUCAULT, 2014, p. 79-80).

O aparato prisional concentrou boa parte dos mecanismos disciplinadores destinados a realizar essa transformação no criminoso. A princípio, talvez, como um ideal realizável; mais tarde, combatido por tantas dificuldades, pela

ausência de vontade política, escassez de recursos, resistência de setores da sociedade – contra o “mal gasto do dinheiro do contribuinte”, o “estímulo à preguiça”, afinal, “os criminosos são alimentados sem nem mesmo trabalhar”, etc –, resistência dos próprios indivíduos, cuja complexa constituição psicológica – “sua alma” – se encontra além das possibilidades de intervenção técnica e científica; questões, em geral, relacionadas à gestão do decadente “Estado Social”, como um discurso vazio e um pretexto para violação de direitos individuais: a prisão passou a ser o destino dos “seres humanos refugados”, de que nos fala Bauman.

Para Wacquant (2011, p. 105-106), uma das funções do sistema carcerário dos Estados Unidos é substituir o gueto como instrumento de encerramento de uma população considerada tanto desviante e perigosa como supérflua no plano econômico e político.

Nesse aspecto, a prisão é apenas a manifestação paroxística da lógica de exclusão da qual o gueto é o instrumento e o produto desde sua origem histórica. Durante o meio século (1915-65) dominado pela economia industrial fordista [...] o gueto faz o papel de “prisão social”, no sentido de manter o ostracismo sistemático da comunidade afro-americana. Desde a crise do gueto, simbolizada pela grande onda das rebeliões urbanas da década de 1960, é a prisão que faz papel de “gueto” ao excluir as frações do (sub)proletariado negro persistentemente marginalizadas pela transição para a economia dual dos serviços e pela política de retirada social e urbana do Estado federal. As duas instituições se acoplam e complementam, no sentido de que cada uma serve, à sua maneira, para assegurar a “colocação à parte” (*segregare*) de uma categoria indesejável, percebida como provocadora de uma dupla ameaça, inseparavelmente física e moral (WACQUANT, 2011, p. 106).

Uma fábrica construída para suprir a escassez de mão de obra e que pretendia promover a transformação do criminoso em proletário, do indivíduo desajustado em socialmente útil, dos seres monstruosos em “corpos dóceis”, para usar a expressão de Foucault; estas duas funções do cárcere, embora tenham traçado as bases das práticas penitenciárias da atualidade, e conquanto ainda nela estejam presentes – ao menos a última – em menor ou maior grau, já não são o fio condutor da consolidação e expansão carcerária. O discurso de prevenção especial positiva figura quando muito nas cartas de boas intenções e normas programáticas despidas de qualquer eficácia social – e, não poucas vezes, jurídica –. A instituição prisional da contemporaneidade já não se arroga com seriedade o poder de reconfigurar o criminoso (salvo raras exceções), mas evoca o dever de segregá-lo, a fim de evitar a

continuidade da delinquência, mesmo que temporariamente. É assim atribuída de um escopo econômico, mas já não no sentido a que, um dia, aspirou.

No Brasil do século XIX, o que atraiu as autoridades ao modelo penitenciário não foi exatamente a possibilidade de transformação que prometia, já que os escravos eram vistos como seres bárbaros e subumanos, mas o ideal mais realizável de reforçar os mecanismos de controle e encarceramento já existentes (AGUIRRE, 2009, p. 45). Além disso, os próprios proprietários exerciam um certo poder punitivo sobre os escravos, dispondo de um extenso cardápio que lhes oferecia uma série de opções supliciantes.

Por outro lado, com a libertação paulatina da mão de obra naquele mesmo século e com o concomitante desenvolvimento das penitenciárias, as práticas repressivas foram sendo transferidas para as classes inferiores não-escravas (HOLLOWAY, 2009, p. 278). Complementando este ponto de vista, aduz Albuquerque Neto (2009, p. 76):

[...] a prisão não foi instituída no Brasil para ser uma punição de escravos, mas um mecanismo liberal de controle social e reforma de criminosos que foi adaptado às particularidades e demandas de uma sociedade escravista. Tanto que, no Código Criminal, esta pena não é prevista para o elemento cativo, mas sim para a pessoa livre, pobre ou não, e basta examinar a documentação para se perceber que grande parte da população carcerária era composta de indivíduos livres. Além disso não se acreditava na correção moral do escravo pelo labor penal.

Havia, outrossim, um esforço de modernização, em adaptar as instituições coloniais aos ideais europeus (HOLLOWAY, 2009, p. 278). Buscava-se transparecer uma imagem de preocupação com certa noção de progresso.

Curiosamente, menos de dez anos medeiam o primeiro tratado – assinado em 1826, de acordo com Fausto (1995, p. 192) – e leis que visavam ao fim do tráfico de escravos no Brasil e o início de construção da primeira penitenciária latino-americana, a Casa de Correção do Rio de Janeiro, em 1833. Mas as normas só viriam a ser socialmente eficazes a partir da metade do século, diante da pressão britânica e do recrudescimento da vigilância pela marinha inglesa (COSTA, 1998, p. 82-83). A edificação da Casa de Correção, por seu turno, foi concluída na mesma época, em 1850 (AGUIRRE, 2009, p. 41).

De modo geral, durante o Império, as normas disciplinares foram marcadas pelo:

vigilantismo (panoptismo), pela adoção do critério da condição social do apenado como parâmetro para a distribuição de punições, pela notória discriminação entre presos escravos e presos ‘comuns’ e pela existência de modelos penais ressocializadores e meramente aflitivos, que perseguiram escopos utilitaristas próprios e encarnavam a contradição entre o liberalismo e à escravidão, pulsante à época (ROIG, 2013, p. 36-37).

A Casa de Correção comportava tanto “presos comuns”, a quem era destinado um modelo ressocializante, quanto escravos, a quem não se pretendia aplicar as técnicas da prevenção especial positiva, restando a função retributiva, bem como preventiva especial negativa e preventiva geral positiva e negativa, conservando, ainda, o aspecto supliciante (ROIG, 2013, p. 42-43).

O abandono, no plano da eficácia social, da função preventiva especial pode ser visto nas estatísticas atinentes à disponibilização de trabalho e estudo no cárcere e à superlotação, na omissão dos projetos políticos e nos relatos de abusos dos agentes públicos.

O relatório do Infopen, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (2016), mostra que entre o total das pessoas privadas da liberdade no Brasil, apenas 12% estão envolvidas em atividades educacionais (compreendendo as atividades de ensino escolar e atividades educacionais complementares). No Estado de São Paulo, o percentual é de apenas 10%. Quanto ao trabalho, que um dia foi festejado como verdadeira panaceia da recuperação social, o percentual não é menos constrangedor: 15% dos reclusos têm acesso (no Estado de São Paulo, o percentual é de 13%).

A despeito de não ser o tema central deste trabalho, cumpre salientar as condições salariais a que estão submetidos os encarcerados, de acordo com o relatório em comento: apenas 3% da população prisional recebe mais do que um salário mínimo, e apenas 22% recebe entre três quartos e um salário mínimo. 33% não recebe remuneração, e 41%, menos do que três quartos do salário mínimo. A Lei 7.210/84 traz a inconstitucional previsão, por violação à igualdade e aos direitos sociais, de que ao recluso é garantido três quartos do salário mínimo. Não existe razão para distinção entre o trabalhador-recluso e o trabalhador “comum”. A condição de privação de liberdade não retira a humanidade – e qualquer direito não previsto na sentença e que seja decorrência lógica da condenação – do apenado, tampouco o priva dos direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 7º, inciso IV). Para que

fosse juridicamente aceitável, a previsão que traz distinção entre os cidadãos – mormente por tratar-se de direito garantido na Constituição Federal – deveria também ser prevista neste diploma normativo, e não em lei cuja validade dele emana. A norma é objeto de impugnação pela ADPF 336, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Ainda de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, o déficit de vagas do sistema carcerário é de 359.058. Só no Estado de São Paulo é de 108.902 vagas. O total de pessoas privadas da liberdade no país é de 726.275. A taxa de ocupação no âmbito nacional é de 197,8%; no Estado de São Paulo é de 183%.

No que diz respeito aos abusos cometidos pelas autoridades, em especial a prática de tortura, não faltam relatos de ex-reclusos, constantes, inclusive, de obras literárias. O relatório da Pastoral Carcerária Nacional (2016) analisa 105 casos que foram acompanhados por ela. Neste, destaca-se que no âmbito carcerário “apesar de ser notória a subnotificação de ocorrências de tortura e outras violações de direitos [...], milhares de casos são denunciados anualmente, sendo que apenas a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos registrou mais de 7.500 casos entre 2014 e 2015” (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p.76). Os dados fornecidos pelo relatório põem em relevo o fato de que em nenhum dos 105 casos acompanhados houve responsabilização civil, criminal ou administrativa de algum agente público ou do próprio Estado, tampouco foi instaurada qualquer ação de indenização em favor das vítimas (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p.79). E mais: em 20% dos casos, “nenhum procedimento foi instaurado ou informado, o que significa uma ocorrência significativa de negligência ou déficit de transparência por parte das instituições acionadas” (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 79).

Apesar de não haver uma linearidade progressiva absoluta entre o modelo de prisão “ideal” de potencial transformador e sua degeneração em simples instrumento de controle social e espaço de segregação, é possível identificar um abandono paulatino de uma forma em detrimento da outra, em boa parte do mundo contemporâneo.

Wacquant (2007, p. 263-264) associa o advento do *Big government* carcerário nos Estados Unidos ao clima de revanche social e racial ali instalado nos anos setenta, a partir do qual a luta contra o crime serviu de alibi para bloquear a demanda de expansão do Estado providência, havendo, ainda, “um deslocamento para o centro das missões do Estados relativas à manutenção da ordem e ao controle das populações consideradas como deserddadas, desviantes e perigosas”.

Sob a presidência de Reagan, enquanto as desigualdades de casta e de classe novamente se cruzavam, sob o efeito combinado da desindustrialização, da erosão dos sindicatos e da retração do Estado-providência, o encarceramento confirmava seu papel de remédio para todos os males diante da escalada da insegurança social e das “patologias urbanas” que lhe são associadas. *“lock’m up and throw away the key”*: “Tranque-os e jogue a chave fora” tornou-se o *leitmotiv* dos políticos da moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento e a maldição do criminoso (negro), a fim de ampliar os seus mercados. (WACQUANT, 2007, p. 264-265, grifo do autor).

Em lição complementar, Bauman (2005, p. 108-116) associa a nova função precípua da prisão com a crise do Estado Social e com o agravamento dos efeitos do progresso econômico a partir da globalização. O autor consigna que as prisões, como outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo: “Foram realocadas para a linha de frente a fim de resolver a crise que atingiu a indústria da remoção do lixo, em consequência do triunfo global da modernidade e da nova plenitude do planeta” (BAUMAN, 2005, p. 108).

O panorama traçado é suficiente para concluir que, embora a disciplina no campo prisional se sustente em bases teóricas que põem ênfase no aspecto de prevenção especial positiva, com o abandono efetivo desta função é enaltecido o aspecto de controle social e de pura afirmação de poder ilegítimo sobre os indivíduos reclusos. Esse exercício afronta a legalidade e a ordem constitucional a que estão sujeitos todos os agentes estatais, desde os carcereiros e diretores até os legisladores e magistrados.

A deterioração dos instrumentos de ressocialização e a afirmação política da nova configuração da relação Estado-indivíduo não têm o condão de revogar as normas, tampouco o de promulgar uma nova Constituição. Daí a exigência de respeito às normas emanadas dos poderes constituídos e aos limites semânticos destas, bem como às construções jurídico-doutrinárias que firmam as bases do sistema de garantias penais.

Em outras palavras, os legisladores têm sua atuação limitada pela Constituição; os julgadores e administradores, por todo o ordenamento jurídico.

Registre-se, por fim, que, a despeito da adoção pela Lei de Execução Penal, de, entre outras, teorias conexas com a recuperação social do indivíduo, esta opção pode importar também em afronta à constitucionalidade e ao próprio Estado de Direito. No mais, não é pretensão deste trabalho louvar referido ideal: ao contrário,

apesar de encará-lo por um viés crítico de cunho abolicionista, reconhece-se fazer parte do arcabouço normativo brasileiro. Nosso escopo precípua é a afirmação dos direitos fundamentais do recluso, de status constitucional, frente as incursões do poder punitivo, quaisquer que sejam os ideais pelos quais se oriente. Em síntese, é contribuir para uma teoria redutora de danos, como preconizam Roig (2014, p. 19-23) e Carvalho (2007, p. 26).

Reconhece-se que o cárcere, por si só, traz consequências deletérias, tais como a “desagregação familiar, repúdio social, e dessocialização do indivíduo, sendo tais características ontologicamente incongruentes com a pretendida finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (ROIG, 2014, p. 22). Por conseguinte, nosso compromisso é com a não acentuação das características deteriorantes da prisionização e com a oferta – e não com a imposição – de meios para que os encarcerados possam, se o desejarem, reduzir seu nível de vulnerabilidade (ROIG, 2014, p. 23), pugnando, ainda, pela eficácia das normas constitucionais.

2. APESAR DA CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS PRELIMINARES

De acordo com o art. 49 da Lei 7.210/1984, as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. As duas primeiras, conforme o citado dispositivo, serão especificadas pela legislação local, bem como as respectivas sanções. Já as faltas graves vêm elencadas no artigo seguinte.

Apesar da clara disposição da Lei no sentido de atribuir à legislação local o dever de prever as condutas e respectivas sanções no que tange às infrações leves e médias, no Estado de São Paulo estas se encontram previstas em ato infralegal: a resolução de nº 144, da Secretaria de Administração Penitenciária (que instituiu o “Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo”). É flagrante a inconstitucionalidade da previsão, em cotejo com o conteúdo do art. 24, I, da Constituição Federal: é competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito penitenciário. Com efeito, mesmo que a Lei de Execução Penal permitisse ao administrador a edição de ato infralegal para regular as faltas leves e médias, aquele restaria inviabilizado de o fazer.

Como é sabido e amplamente difundido na doutrina, o ato administrativo não pode criar direito ou obrigação. O ato infralegal – como é o caso da resolução – se presta apenas a detalhar o conteúdo da norma, sem inviabilizar o gozo de direitos e, mais importante, sem jamais inovar o ordenamento jurídico. Trata-se de desdobramento do princípio da legalidade estrita, previsto nos arts. 5º, II, 37, 84, IV e, ainda, da própria separação de poderes (art. 2º). O legislador sequer pode delegar sua função – salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, tal como a da Lei Delegada – sob pena de ferir a separação de poderes.

Em referência ao art. 5º, II, da Constituição Federal, Bandeira de Mello (2011, p. 105-106) afirma:

Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Ainda que relativizando o princípio da legalidade administrativa, em comparação à abrangência deste no Direito Penal – e embora não trate da Execução

Penal, a qual traz a peculiar característica de imprimir sanções a pessoas que não compõem o corpo administrativo, tampouco são vinculados a ela por contrato, como é o caso dos concessionários e permissionários – Osório (2000, p. 206) conclui não ser possível “que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade”. À essa conclusão chega tratando das infrações próprias à disciplina administrativa. Com muito mais razão, a ideia deve ser empregada no âmbito executório penal.

Tanto é assim que mesmo em matérias tangentes a outros ramos do direito a doutrina e os tribunais não relutam em afastar a imposição de sanções administrativas oriunda de previsão em ato infralegal. É o que nos mostra a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal (RE 100.919):

Obrigações fiscais. Regime especial para seu cumprimento imposto a contribuinte, por ato administrativo. Princípio da legalidade, em matéria tributária. Delegação à autoridade fiscal incabível na espécie. **A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne às suas relações com o Fisco e às obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de direta disposição de lei.** Orientação do STF, acerca de sanções a contribuinte faltoso, consubstanciada nas Súmulas 70, 323 e 547. Segurança concedida. Recurso Extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Evidente que a previsão de infração disciplinar de natureza leve ou média cria dever ao apenado, inclusive com a cominação de sanções e efeitos prejudiciais que podem obstar o gozo de direitos. Portanto, não resta dúvida de que a Resolução de nº 144, da SAP, ao menos no que tange à regulamentação das infrações disciplinares leves e médias, é inconstitucional.

Vale salientar que a resolução estipula prazos para “reabilitação do comportamento”, contados a partir do cumprimento da sanção, quais sejam: de três meses para as faltas de natureza leve; de seis meses para as de natureza média; e de doze meses para as de natureza grave (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010, art. 89). Antes desse período, não será atestada a boa conduta do preso, o que pode obstar a concessão da progressão de regime e do livramento condicional.

Já o art. 91 preconiza:

para fins de instrução de pedido de progressão de regime, concessão de livramento condicional, indulto ou comutação de penas, o diretor da unidade prisional deve encaminhar à autoridade judicial competente, à época do pedido do benefício, em formulário padronizado, o Boletim Informativo do preso, com classificação final do comportamento e o registro de todas as etapas e ocorrências que ensejaram a avaliação definitiva.

Parágrafo único - no Boletim Informativo deve constar, obrigatoriamente, o histórico de todas as faltas disciplinares anotadas no prontuário do preso, com a discriminação de data, local dos fatos, descrição e tipificação da falta, sanção disciplinar aplicada ou absolvição, e a respectiva reabilitação administrativa do comportamento (SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010)

Alguns juízes insistem até mesmo em exigir bom comportamento quando da análise de pedido de comutação e indulto, o que além de desprezar o princípio da legalidade estrita, conforme desenvolvido neste trabalho, não tem respaldo legal. Consoante se verifica da seguinte ementa, que teve de reformar decisão no sentido apontado (SÃO PAULO, 2015):

Habeas Corpus. Execução Penal. Indeferimento de comutação de pena, com base no Decreto Presidencial de nº 8.172/2013. Decisão embasada no não cumprimento do requisito subjetivo, pois o sentenciado não possuía "bom" comportamento carcerário. Prática de falta média nos 12 meses que antecedem o Decreto não pode ser obstáculo para a concessão do benefício almejado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode subordinar o indulto e a comutação a condições não previstas pelo Presidente da República, a quem compete privativamente definir os pressupostos dos benefícios em questão. Inteligência do artigo 84, XII, da Constituição Federal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida para cassar a decisão e conceder a comutação de 1/5 da pena, referente aos crimes comuns, do paciente.

Além da inconstitucionalidade atinente à previsão das faltas médias e leves em ato infralegal (resolução), também a cominação de prazo de reabilitação de conduta (para qualquer modalidade de infração) não se mostra compatível com o princípio da legalidade. Também nesse caso há limitação de direito não prevista em lei, com consequências que atingem o direito de liberdade do condenado, o qual pode ter indeferido pedido de progressão de regime ou livramento condicional pela certificação de má conduta.

Por fim, Schmidt (2007, p. 50) destaca a existência de regulamentos, como é o caso do Regimento Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul, que chegam a prever faltas graves não enumeradas na Lei de Execução Penal. Com muito mais razão, tais previsões também se mostram inválidas frente à ordem constitucional.

4 CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TEORIA DA PENA DISCIPLINAR

Dos argumentos lançados acima, verifica-se, por um lado, certa dificuldade teórica em aplicar bases puramente administrativistas no seio da execução da pena, porquanto a relação entre o apenado e o Estado passa ao largo da semelhança entre a relação hierárquica da estrutura administrativa estatal, ou mesmo deste com o concessionário ou permissionário de serviço público, oriunda de contrato.

Entre as diferenças, podemos apontar as seguintes:

A relação jurídica daquele que está sujeito ao poder disciplinar tradicional é consensual em sua formação. Deveras, tanto o servidor público quanto o contratado pela Administração manifestam sua vontade de aderir à respectiva relação. Nenhum deles é impelido por força de sentença – um ato jurídico do Estado, imperativo, e que, portanto, independe do consentimento do condenado – a participar da relação jurídica a que aderem.

Enquanto particular, o preso pode fazer tudo o que a lei não proíbe, diferente dos agentes administrativos, sujeitos ao princípio da legalidade estrita. Deriva daí a conclusão de que ele mantém sua liberdade de ação, dentro dos limites da reclusão. Quer-se, com isso, afirmar que a legalidade não pode ser esvaziada em seus dois aspectos; tampouco sua polaridade pode ser invertida. Destarte, não é admissível a previsão de comandos genéricos que sobrevalorizem a vontade do agente penitenciário, ao passo que anulem a liberdade do apenado. E neste ponto devem ser destacados outros aspectos: o recluso mantém todos os direitos não inerentes à perda da liberdade, nos limites fixados na sentença e na lei. Sua liberdade não é completamente aniquilada, seja por impossibilidade fática, seja pela incidência de direitos fundamentais elementares (a vedação a penas cruéis é um deles), seja pela incompatibilidade com o sistema teórico da execução penal no Brasil, que pretende pôr em primeiro plano a recuperação do indivíduo (prevenção especial positiva), o que se deduz da própria adoção do sistema progressivo, da individualização da pena, entre outras tantas normas constantes da Lei 7.210/1984 (v.g. art. 1º).

Outra diferença, já algumas vezes aludida neste trabalho, atine às consequências e aos direitos envolvidos: a punição imposta no curso da execução produz efeitos diretos e indiretos sobre a liberdade do recluso. Diretos, como na imposição de restrições maiores (como é o caso do regime disciplinar diferenciado,

do isolamento, da suspensão e restrição de direitos, etc); indiretos, como na perda de dias remidos, na inconstitucional previsão de prazo de reabilitação de conduta (pode impedir progressão à regime mais favorável ou livramento condicional), na ilegal interrupção da contagem da pena para fim de progressão de regime.

Essas dessemelhanças implicam na necessidade de uma distinção também teórica que a acompanhe. Roig (2014, p. 199), abordando o tema sob um prisma mais direcionado à teoria do crime, propõe o desenvolvimento de uma “teoria da falta disciplinar”, bem como uma “teoria do tipo disciplinar”. Não há, efetivamente, como aplicar regimes disciplinares semelhantes a atividades tão distintas, que tratam de relações e direitos sobremodo distantes. Os argumentos acima são bastantes para justificar novo tratamento ao tema, de modo a delinear uma teoria apta a fornecer respostas adequadas à Constituição.

A importância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que estas, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena. Perda de dias remidos, eventual interrupção dos prazos para a fruição de direitos, rebaixamento de comportamento (impossibilitando o preso de usufruir dos direitos da execução penal), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação de indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena, todos esses fatores trazem graves consequências para o *status libertatis* dos indivíduos, não sendo mais possível que esta realidade permaneça obscurecida e sua teorização alijada dos embates doutrinários e jurisprudenciais (ROIG, 2014, p. 198).

De todo o exposto, em especial no que atine às suas consequências, observa-se que as infrações disciplinares merecem tratamento mais próximo ao conferido à prática de crimes do que ao dedicado às infrações administrativas dos servidores estatais. Esse tratamento é timidamente esboçado pela Lei de Execução Penal, que traz algumas garantias próprias do direito penal, mas pouco trabalhado pela doutrina ortodoxa.

4.1 Legalidade na Execução Penal

Batista (2007, p. 65) afirma que este princípio exprime o estágio mais importante do movimento ocorrido em direção à positividade jurídica e da publicização da reação penal: significava, por um lado, resposta aos abusos do absolutismo; por outro, a afirmação da nova ordem. A norma em comento “garantia o indivíduo perante

o poder estatal e demarcava este mesmo poder como espaço exclusivo da coerção penal” (BATISTA, 2007, p. 65).

As fórmulas hodiernamente conhecidas foram desenvolvidas por Feuerbach (1989, p. 63): *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine e nullum crimen sine poena legali*. Não há pena sem lei, não há crime sem pena legal e não há pena sem crime. O princípio vincula Estado e sociedade, como bem explica Schmidt (2007, p. 31-32).

Aplicadas tais regras ao Direito Penal, teremos um princípio da legalidade (*lato sensu*) dicotômico, no sentido de que institui poderes e garantias, sendo, portanto, um instrumento vinculador: a) *do Estado*, no sentido de que somente ao Poder Legislativo Federal, mediante lei ordinária federal – e obedecido o devido procedimento legislativo –, é autorizado o poder legiferante em matéria penal (art. 22, inc. I, da CRFB/88, ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo); e somente ao Poder Judiciário – em nível estadual ou federal, de acordo com as suas respectivas competências –, é dada a possibilidade de julgar as infrações penais, segundo os limites do devido processo legal; b) *da sociedade*, visto que se encontra *garantida* contra a possibilidade de existência de uma infração penal sem lei específica que a defina (art. 5º, inc. XXXIX), e, ademais, contra a possibilidade de julgamento por órgão que não seja o competente para tanto (art. 5º inc. XXXVII) e sem a observância do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)

Algumas das consequências na inevitável aplicação deste princípio de status constitucional à execução penal já foram delineadas acima (ainda que sob um viés administrativista): inconstitucionalidade da previsão de falta média e leve por ato infralegal, bem como da previsão de prazo de reabilitação de conduta. A fórmula “não há crime sem lei” deve ser traduzida, no âmbito executório, para “não há punição disciplinar sem lei”.

Mas o executivo não é o único a agir e se omitir em desconformidade com a ordem jurídica. A prisão marginalizante é terreno prolífico para ilegalidades que tolhem direitos dos encarcerados. Uma construção jurisprudencial é merecedora de particular atenção: a interrupção do lapso temporal para progressão de regime.

Até mesmo fórmulas jurídicas gerais, não exclusivas da seara penal, levariam à conclusão contrária. É de todos conhecido o preceito hermenêutico pelo qual “as normas que restringem direito são interpretadas restritivamente”. Mas o Deus Hermes parece ser seletivo no uso de seus atributos de comunicação e linguagem, e prefere proclamar sua função de guiar as almas ao reino de Hades quando se trata dos seres humanos refugados: em especial, aqueles que não puderam ser absorvidos pelos projetos do progresso econômico.

Não existe qualquer previsão legal de reinício de contagem de prazo para progressão aos reclusos em regime fechado que praticam falta disciplinar de natureza grave. Há, é verdade, a previsão de regressão de regime aos que cumprem pena em regime mais brando, a partir da qual o Supremo Tribunal Federal (bem como o Superior Tribunal de Justiça) defende que a interrupção seria “consequência lógica”, considerando inexistir outro regime mais grave a viabilizar a regressão. Transcreve-se trecho de ementa de Habeas Corpus de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011, grifo nosso):

2. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005). 3. **Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo de 1/6, levando-se em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento da pena.** 4. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. 5. **A recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade.** Precedente. 6. Habeas corpus denegado” (HC 101.915/RS, Min. Ellen Gracie). No mesmo sentido: RHC 85.605/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 95.367/RS de minha relatoria; HC 94.726/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 94.820/MS, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 94.667/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa. **Registro, desde logo, que não há previsão expressa na lei acerca da aludida interrupção, mas ela é uma consequência lógica, visto que se mostra impossível fazer com que um condenado regrida para um regime mais gravoso do que o fechado.** Desse modo, o reinício da contagem deve levar em consideração o tempo remanescente de cumprimento de pena, devendo a data-base para a contagem do novo período aquisitivo do direito à concessão dos benefícios executórios corresponder à data do cometimento da última infração disciplinar grave. Isso posto, com base no art. 192, caput (com nova redação dada pela Emenda Regimental 30 de 29/5/2009), do RISTF, denego a ordem.

A lógica a orientar o intérprete da norma deve ser uma lógica jurídica. A “lógica” somente acontece em dado sistema a partir de suas próprias regras e princípios, dos quais se pode extraí-la. Se somente a lei pode restringir direitos (em especial o de liberdade), e não há lei prevendo a interrupção de lapso para progressão de regime, então essa restrição inexistente. Não é possível extrair referida norma da

previsão de regressão de regime, ainda que se faça um esforço acadêmico, admitindo-se uma hipotética interpretação extensiva. O art. 118 prevê que

A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave [...] (BRASIL, 1984).

Por maior abrangência que se conceda aos termos da sentença, respeitados os limites semânticos, a hipótese em questão não é contemplada.

Afinal, a partir do giro ontológico-linguístico que inaugura, na pós-modernidade, um novo paradigma filosófico acerca do conhecimento, já não se pode admitir a construção do significado a partir da pura subjetividade, como se não houvessem limites interpretativos. Há um mundo compartilhado de sentido, de modo que os significados não estão à disposição do intérprete. Portanto, não podemos ler “ficará sujeita à interrupção do lapso temporal” ou “ao reinício de contagem do prazo” onde está escrito “ficará sujeita a forma regressiva”.

Tampouco a analogia seria cabível: trata-se de instrumento destinado a preencher eventual lacuna pela aplicação da mesma norma a caso semelhante, no qual predomine as mesmas razões. Ou seja, seria necessário existir a previsão de interrupção temporal de concessão a algum direito semelhante à progressão de regime. E ainda que houvesse, a proibição da analogia *in malam partem* imporá outro óbice.

Roig (2014, p. 325) chama atenção para a contradição entre os entendimentos do próprio Superior Tribunal de Justiça, que chegou a editar a Súmula 441, dispondo que a falta de natureza grave não interrompe o lapso temporal para obtenção de livramento condicional. Nos precedentes que originaram o enunciado, a razão que o fundamenta é justamente a ausência de previsão legal. Curiosamente essa mesma razão não foi considerada quando da edição da Súmula 534 daquele Tribunal. Transcreve-se um dos julgados sobre o tema:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, **o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.**
2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.
3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.
4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, **implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado.** De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. **Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento** (DJU 12.05.2006).
5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional. (BRASIL, 2012)

É possível verificar da ementa acima colacionada que os argumentos exarados pelos Ministros são de cunho eminentemente político e moral. Evocam “o absurdo” da hipotética progressão de um sentenciado recém recapturado; que entender o contrário seria “estímulo ao cometimento de infrações”; que implicaria tornar “despidas de sanção” as faltas graves cometidas por reclusos em regime fechado. Não há preocupação em aferir qual a norma aplicável ao caso concreto a partir das possibilidades efetivamente fornecidas pelo ordenamento jurídico, e desconsidera as construções da ciência jurídica, em especial as regras de hermenêutica. As decisões devem ser orientadas pela busca de uma resposta constitucionalmente adequada: passaria, pois, por aferir o respeito aos direitos individuais expressos que constituem a base e o limite de todo o sistema punitivo e que não podem ser solapados por uma pretensa lógica, que, no mais, é extrajurídica.

4.2 Faltas Disciplinares de Natureza Grave

Carvalho (2008, p. 181) encara as disciplinas, instrumento moderno do poder, como diametralmente opostas ao regime de legalidade do Estado de Direito, não sendo possível concebê-las na estrutura jurídica garantista tanto no plano do ser

(eficácia), quanto no do dever-ser (validade formal-material). Os métodos disciplinares são ontologicamente inquisitoriais, e as decisões disciplinares no interior das instituições totais “são desprovidas de pré-determinações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo” (CARVALHO, 2008, p. 181).

Foucault (2014, p. 218) nos fornece uma descrição ampla de como a disciplina ocupa lugar de primazia na história moderna:

O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado, o amolecimento calculado de uma pena ligada à curiosidade implacável de um exame, um procedimento que seja ao mesmo tempo a medida permanente de um desvio em relação a uma norma inacessível e o movimento assintótico que obriga a encontrá-la no infinito. O suplício completa logicamente um processo comandado pela Inquisição. A ‘observação’ prolonga naturalmente uma justiça invadida pelos métodos disciplinares e pelos processos de exame. Acaso devemos nos admirar que a prisão celular, com suas cronologias marcadas, seu trabalho obrigatório, suas instâncias de vigilância e de notação, com seus mestres de normalidade, que retomam e multiplicam as funções do juiz, tenha-se tornado o instrumento moderno da penalidade? Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?

Como de se esperar, considerando os aspectos históricos do sistema prisional brasileiro, as disciplinas são frequentemente aludidas pelas normas penitenciárias, principalmente na regulamentação das infrações disciplinares. De acordo com o art. 50, da Lei nº 7.210 (BRASIL, 1984), 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 artigo 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.

O art. 52, por sua vez, prevê, em sua primeira parte, que a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave”.

Boa parte das normas proibitivas da Lei de Execução Penal são de tessitura demasiadamente aberta, de modo a conferir discricionariedade bastante ampla aos aplicadores. Criticável o desrespeito à boa técnica legislativa, mas sem perder de vista a plausível possibilidade de que o esse tratamento não é ocasional, mas pretende efetivamente atribuir superpoderes às autoridades disciplinares, o que termina por legitimar a prática de abusos no ambiente penitenciário.

4.2.1 Incisos I e VI: ordem, disciplina, obediência e a arbitrariedade

Já no primeiro inciso é possível identificar uma indeterminação conceitual jurídica, já que a “ordem” é definida conforme os interesses e necessidades da gestão prisional (ROIG, 2015, p. 203) e “o discurso da disciplina é alheio ao da lei e ao da regra enquanto efeito da vontade soberana” (*apud* FOUCAULT, 1986, p.189). Roig também destaca (2015, p. 203) que nem mesmo a definição de disciplina trazida pela Lei em questão logrou aclarar o significado do termo: “A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes no desempenho do trabalho” (art. 44, da Lei 7.210/84).

Schmidt (2007, p.46), por sua vez, pontua, exemplificando com casos concretos:

Note-se que a amplitude da expressão “subverter a ordem ou a disciplina” é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação ser considerado falta grave. Vejamos alguns exemplos para confirmar as possibilidades de abuso que uma norma polissêmica pode originar: na qualidade de Conselheiro Penitenciário, tive notícia de casos em que apenados foram enquadrados nessa falta grave (e, conseqüentemente foram postos em isolamento cautelar, além do que não puderam, durante 12 meses, receber “benefícios” como comutação, indulto, livramento condicional etc.) porque colocaram-se em greve de fome em protesto contra o não-deferimento de sua remoção (PEC nº 21392700361, Passo Fundo/RS, atualmente em Soledade/RS, PEC nº 1.310-062) ou contra a morosidade da Justiça (PEC nº 03484698, Comarca de Bagé/RS). Noutra situação, um preso foi punido porque se recusou a cortar os cabelos, caso em que foi obrigado a tanto por decisão judicial (Presídio Estadual de Getúlio Vargas/RS, Sindicância nº 002/96. Já na comarca de Espumoso/RS (Processo de Execução nº 3308) um apenado restou punido disciplinarmente por ter se apresentado no Presídio com sinais de embriaguez.

O inciso VI traz semelhantes imperfeições. Alude à observância dos deveres dos deveres dos incisos II e V do art. 39, quais sejam: “II - obediência ao

servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...] V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”

Os termos (disciplina, obediência, ordem) são vagos o bastante para abarcar uma série de situações sem relevância para a caracterização de falta grave, sujeitando o recluso ao puro arbítrio da autoridade e invertendo a polaridade do princípio da legalidade administrativa. Afinal, o espectro de ação do preso é sobremaneira reduzido, enquanto o de atuação da autoridade administrativa é ampliado em semelhante proporção. Ao administrador já não é mais necessário observar os exatos termos da lei para agir. Suas ordens são equiparadas à lei: se desobedecidas ou se desrespeitada sua figura, é seu dever deflagrar processo administrativo para imposição de sanção.

Streck (2012, p. 46) critica a doutrina que entende o Código Civil como um sistema aberto em face da adoção das chamadas “cláusulas gerais”. Para ele, essa tese representa uma concessão à discricionariedade positivista. Cremos não ser diferente com os conceitos jurídicos intitulados “vagos” ou “indeterminados”. A pretexto de abarcar espectros da realidade hipoteticamente intangíveis de outro modo, eximem o legislador do dever de prever taxativamente as condutas – dever que decorre da própria legalidade – efetivamente obstantes da execução da pena. Ao atribuir essa margem de discricionariedade, patrocina-se verdadeiro déficit democrático nas decisões e no próprio direito. O direito deixa de ser sensível aos que o vivenciam diuturnamente e passa às animosidades dos julgadores e outras autoridades. Consoante adverte Batista (2008, p. 78), não é por acaso que foram essas as fórmulas utilizadas por regimes arbitrários em épocas e países diversos: “Formular tipos penais ‘genéricos e vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados ou ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”.

É uma verdadeira forma de delegar a atividade legislativa sorrateiramente, passando por cima do processo legislativo constitucional. Atribui-se às autoridades o poder de considerar falta disciplinar qualquer conduta que entenda solipsisticamente afrontosa à ordem ou à disciplina. A imprevisibilidade presente em certas situações pode até justificar o uso de termos com maior espectro de abrangência, mas jamais, como é o caso, com elasticidade o bastante para compreender quase toda situação.

Cumpra ainda trazer luz ao fato de que a rotina da execução da pena ocorre dentro de limites estreitos. Não há uma variação considerável das atividades que ocorrem no dia a dia do cárcere. É de sua própria “natureza” – natureza que foi manipulada para alcançar certo ideal – que sejam enfadonhas o suficiente para corresponder à fórmula da “retribuição de um mal”, ou mesmo à certo ideal de regeneração individual (o direito brasileiro parece apostar no amálgama entre teorias preventivas e retributivas). Seria, deveras, infactível a previsão exaustiva, neste caso, das condutas desordeiras aptas a serem punidas como a mais grave das infrações disciplinares? Não bastaria delinear abstratamente a rígida rotina penitenciária e antever uma série de condutas que efetivamente atribulariam o curso das atividades? Em todo o caso, a norma está posta, restando a indagação quanto as possibilidades de aplicação.

Diante desta problemática destaca-se o papel da hermenêutica: nela, “a facticidade é o espaço em que se dará o sentido. Na pré-compreensão, que se manifesta a partir de um ver prévio, um ter prévio e uma pré-visão, *já há um é*” (STRECK, 2017, p. 380, grifo do autor). Ela representa a reintrodução do mundo fático na filosofia.

São, pois, os princípios que, ao introduzirem o mundo prático, “garantem” uma espécie de “objetividade” na interpretação, em que pese a “abertura semântica”, que lhes é ínsita no plano apofântico. Não proporcionam, portanto, “escolhas arbitrárias de sentidos”; ao contrário, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica – o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral, e a diferença ontológica (*ontologische Differenz*), que obstaculiza a dualização entre facticidade e validade – é a *applicatio* que proporciona um “fechamento” da interpretação, isto é, *serve como blindagem contra a “livre atribuição de sentidos”* (STRECK, 2017, p. 394).

O sentido passa inelutavelmente pela facticidade e pela busca de uma resposta correta, que Streck denomina “resposta constitucionalmente adequada”. Nesta senda, a partir do conflito exposto é possível identificar a satisfação ou não dos preceitos constitucionais. Daí, diante dos princípios constitucionais aludidos – em especial, o da legalidade – e dos limites inerentes à imposição da pena – o resguardo dos direitos do apenado e os termos da sentença – verifica-se que haveria um estreitamento das possibilidades de imputação de falta grave aos apenados pela “incidência” nos dispositivos disciplinares em questão. Na verdade, sequer se poderia

falar nesta “incidência”, considerando que ela já pressupõe a normatividade constitucional.

Excluídas estão, portanto, todas as possibilidades que tolham a liberdade do indivíduo não atingida pela sentença, respaldada esta, é claro, no ordenamento constitucional.

No que concerne à execução do trabalho a inconstitucionalidade é ainda mais notória: a Constituição Federal veda a pena de trabalhos forçados (art.5º, XLVII). O trabalho deve ser uma opção posta diante do apenado. A negativa não pode ter por efeito consequência punitiva.

A propósito, na esteira do que propõe Schmidt (2007, p. 213-219), qualquer imposição que aspire atuar sobre a liberdade interna do sujeito resulta em vício de inconstitucionalidade. Daí que o próprio modelo ressocializador incorporado à Lei de Execução Penal encontra seu limite nesta subjetividade. Não se pode obrigar alguém a remoldar-se para se enquadrar em determinado modelo de indivíduo, nem há instrumento – embora talvez figure nos sonhos benthanianos dos entusiastas das disciplinas – para aferir o grau de docilidade, bondade ou moralidade a que um apenado atinge, após submetido às doses múltiplas e constantes da disciplina.

Como bem adverte o autor referido (SCHMIDT, 2007, p. 215), a Constituição Federal consagra expressamente o respeito pela liberdade interna, como a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e a liberdade de consciência ou de crença (art. 5º, VI e VIII). A liberdade interna é faticamente intangível pelo braço punitivo estatal e, certamente, é também abrangida pela dignidade da pessoa humana (art.1º, III).

Não se trata, neste caso, de evocar a dignidade humana como um enunciado performativo ou como álibi argumentativo. A indeterminação do conceito desse dispositivo constitucional pode conduzir a alguns abusos por parte da doutrina jurídica e dos aplicadores da norma; contudo, não se pode afastar o reconhecimento de que não há nada mais imbrincado à natureza humana, mais próprio a ela, do que a liberdade de pensar. Cuida-se de qualidade atribuível tão somente ao ser humano, um dos poucos traços que o diferenciam do restante do reino animal e, ressalte-se, talvez o único atributo intangível por qualquer força natural. Se a liberdade interna do pensar não estivesse envolvida pela dignidade da pessoa humana, nenhum outro direito estaria – seria uma previsão vazia.

Portanto, é indispensável a adesão do recluso ao trabalho, estudo e qualquer prática que vise a sua “recuperação”. A ressocialização não é um dever imposto aos condenados, mas, “quando muito, um direito do apenado, ou seja, trata-se de uma série de mecanismos oferecidos pelo Estado ao criminoso, que, se assim desejar, poderá aquiescer na submissão ao programa” (SCHMIDT, 2007, p. 216).

4.2.2 Inciso II: fuga, justificantes e exculpantes

O inciso II penaliza a fuga. Na esteira do que propõe Roig (2005, p. 147), a previsão contida no art. 49, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, pela qual a tentativa de qualquer falta disciplinar é punida com a pena correspondente à falta consumada, viola a proporcionalidade. Aquele que logrou êxito em sua empreitada fugitiva é sancionado na mesma intensidade do que o impedido por circunstâncias alheias à sua vontade. Ademais, somente um exercício mental hipotético poderia perscrutar se o apenado efetivamente levaria sua conduta até o fim ou se desistiria durante a prática. Daí cabe também a indagação quanto à aplicabilidade das figuras da desistência voluntária e arrependimento eficaz às infrações disciplinares.

Pelas distinções traçadas no início deste capítulo entre o regime disciplinar administrativo e o penitenciário, e pela demonstrada proximidade deste com o direito penal e seu sistema de garantias, a resposta só pode ser positiva. Destarte, conquanto fracionável a conduta – caso das infrações denominadas plurissubsistentes –, são cabíveis a tentativa, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (este último, ainda que não fracionável). Trata-se do uso de analogia *in bonam partem*, que efetiva, no caso, garantias constitucionais e, portanto, está em consonância com a afirmação de uma justiça orientada por princípios, que busca a integridade do direito.

Em direito penal não de ser considerados, concomitantemente, tanto o desvalor da conduta quanto o do resultado. Ao impor a sanção máxima na esfera penal à conduta sem resultado – como nos casos em que há tentativa e desistência voluntária – considera-se apenas o primeiro aspecto. Conforme Zaffaroni (2011, p. 94-95):

O direito penal nunca pode desvalorar parcialmente: desvaloriza um resultado que se traduz em uma afetação de bem jurídico (por lesão ou por perigo), porque é resultado de uma conduta e não porque é uma mera mutação física,

posto que o direito é uma ordem de regulação de condutas e não de fenômenos físicos; inversamente, tampouco pode desvalorar condutas sem resultados, porque, embora o resultado seja sempre algo distinto da conduta, um resultado não pode deixar de acompanhar cada conduta com relevância penal. É completamente arbitrário pretender separar o desvalor da conduta do desvalor do resultado, como também a pretensão de separar o desvalor da objetividade da conduta do de sua subjetividade.

Cabe esclarecer que, em geral, quando se pretende desvalorar uma conduta prescindindo do resultado ou, ao menos, minimizando o resultado, acentuando o desvalor "ético" da mesma, a que frequentemente se dissimula com o argumento do "perigo", difusamente manipulado, o direito penal sai de seu território e se presta em ser um simples servo de grupos de poder. Isto acontece porque, em tais casos, a conduta assume um valor simbólico para tais grupos, independentemente do que significa em si mesma.

Diante do parágrafo único do art. 49 da Lei de Execução Penal, três alternativas se apresentam: a primeira, desconsidera o diferente desvalor da conduta-resultado, o grau de lesividade ou periculosidade a que é exposto o bem jurídico, o princípio da proporcionalidade, desrespeita a orientação dos princípios penais, as próprias construções dogmáticas – que inserem a lesividade entre os elementos para a configuração da tipicidade material – e, por fim, o abismo existente entre a mera disciplina administrativa e a disciplina penitenciária, que interfere diretamente no direito de liberdade. A segunda, é a simples invalidade do dispositivo frente à hierarquia legal, o que conduziria à não punição da tentativa. A terceira, leva em conta a preservação das normas, na medida das possibilidades constitucionais, de modo a não negar completa efetividade à regra em questão, mas apenas na parte que alude à idêntica sanção da forma tentada em relação à consumada (inconstitucionalidade parcial). Cremos ser esta a via mais adequada.

Corolário do reconhecimento de tentativa, seria a configuração de falta disciplinar mais branda, como a leve ou média, a depender das circunstâncias. Essa sugestão é até mesmo simétrica à previsão de redução de pena pela tentativa, inscrita no Código Penal: um a dois terços. Já a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz importariam na atipicidade da falta.

Por fim, um último aspecto a ser considerado acerca da sanção por fuga guarda relação com a teoria do crime. É a constatação de que, em determinadas hipóteses, diante de omissões ou ações estatais ou privadas, é viável a incidência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, quando da prática da conduta. Carvalho (2008, p. 245) defende o direito de resistência como causa supralegal de excludente de ilicitude, em casos que envolvam conflitos carcerários que extrapolem o âmbito individual. Ele argumenta que as excludentes de ilicitude são estruturadas em rígidos

pressupostos que impossibilitam sua utilização em casos de conflitos transindividuais; são moldadas em uma concepção meramente interindividual, sem possibilidade de realização coletiva contra ato que agride ou põe em perigo bens transpessoais, como casos de conflitos carcerários (CARVALHO, 2008, p. 245). No caso de lesões a direitos dos presos (massa carcerária) não seria viável a configuração dos pressupostos da legítima defesa ou do estado de necessidade.

A par das hipóteses que extravasam o conflito interpessoal, vislumbramos algumas situações que ensejariam a exclusão da ilicitude da infração disciplinar pela legítima defesa ou estado de necessidade: não seria de todo inimagináveis casos em que a integridade do preso esteja em risco por agressão atual ou iminente. Restariam configurados todos os requisitos da legítima defesa: para proteger direito próprio (v.g. integridade física ou dignidade sexual), contra agressão injusta (v.g. ação criminosa de agente carcerário ou outro apenado), utiliza-se dos meios moderados para repeli-la. A fuga se apresenta como verdadeiro “meio moderado”, até porque seria o menos danoso se comparado a outras ações violentas legitimadas pela justificante. Também o estado de necessidade se afigura plausível, como na hipótese de epidemia de doença grave: pratica-se a fuga para salvar direito próprio de perigo atual, cujo sacrifício não seria razoável exigir.

Talvez a hipótese mais abrangente, porquanto não delineada exaustivamente na legislação penal, seja a inexigibilidade de conduta diversa, que afasta a culpabilidade e, por consequência, o crime. Há certa resistência doutrinária a abertura ensejada pelo instituto em questão. Cirino (2014, p.323) o defende como categoria jurídica necessária:

Entretanto, o reconhecimento progressivo de novas *situações de exculpação* fundadas na *anormalidade das circunstâncias* do fato e no princípio geral de *inexigibilidade de comportamento diverso* parece tornar cada vez mais difícil negar à *exigibilidade* a natureza geral de fundamento *supralegal* de exculpação como categoria jurídica *necessária* ao direito positivo vigente. Seja como for, mesmo na perspectiva da teoria dominante, a *anormalidade das circunstâncias* do fato que fundamenta a *inexigibilidade de comportamento diverso* incide sobre *situações de exculpação* concretas, nas quais atua um autor *culpável* ou *reprovável* que, contudo, deve ser *ex-* ou *desculpado* porque o limite da *exigibilidade* jurídica é determinado pelo limiar mínimo de *dirigibilidade normativa* ou de *motivação* conforme a norma, excluída ou reduzida em *situações de exculpação* legais ou supralegais. (grifos do autor)

O próprio direito de resistência defendido por Carvalho poderia estar compreendido na figura aludida. Cirino (2014, p. 335) inclui entre as hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa a desobediência civil, ressaltando limites no interior dos quais pode ser exercido. Diante da amplitude das hipóteses passíveis de serem abrangidas pela norma em questão, não cremos contrastaria com as situações de direito de resistência. A distinção estaria em que Carvalho o considera excludente de ilicitude, o que traz algumas consequências legais. Não existiria, portanto, uma relação de contrariedade ao ordenamento jurídico. De todo o modo, a ao nosso escopo, basta reconhecer a viabilidade da fuga estar abrangida por uma ou outra causa que afasta o crime.

4.2.3 Inciso III: Posse de instrumento lesivo e, novamente, a discricionariedade

No que tange à posse de instrumentos capazes de ofender a integridade física de outrem (inciso III), também são cabíveis reflexões acerca da abrangência do dispositivo. Afinal, é mais plausível elencar os instrumentos manuseáveis pelo homem ineptos à provocação de dano, do que o contrário. Muitos objetos de uso pessoal indispensáveis à higiene estariam compreendidos, *a priori*, na descrição legal. Por isso, novamente, a necessidade de se realizar interpretação constitucional do dispositivo, buscando um fechamento semântico. Como o direito só se faz no mundo fático, diante das hipóteses de posse dos objetos aptos à ofensa, cumpriria às autoridades identificar as circunstâncias da posse e o grau de periculosidade do objeto, assegurando, é evidente, o devido processo legal ao hipotético infrator. Não se pode efetuar uma simples subsunção da conduta à figura “possuir objeto capaz de ofender integridade física”, pois qualquer tecido, adorno, utensílio higiênico (como escova de dentes ou barbeador), cadarço, etc. satisfariam o juízo subsuntivo.

O homem e a tecnologia têm vínculo histórico de longa data; de fato, mais longo que a própria história escrita. O manuseamento de instrumentos é outra das características distintivas do ser humano – de onde se percebe a insistência das práticas carcerárias em reduzir o homem à condição animal –. Na cena inicial de “2001, uma Odisseia no Espaço”, obra cinematográfica dirigida por Stanley Kubrick, um primata contempla uma ossada animal. Revolvendo os fragmentos, apanha um pedaço espesso de osso e, manuseando-o, percebe seu potencial lesivo ao atingir, com progressiva intensidade, os restos mortais do animal – nos parece simbólico que

a descoberta recaia sobre um osso animal e que seja uma ossada animal a ser golpeada, pondo ênfase na distinção humana –. Na sequência, aparece na liderança de um bando, portando o objeto, cuja utilidade foi assimilada pelos demais membros da capela. O grupo trava uma batalha interespecífica por território com outro conjunto de primatas, o qual parte em debandada após assistir ao presumível líder abatido violentamente. O osso é posto em enfoque, em movimento circular, ao ser atirado ao ar pelo primata; na sequência, a cena corta para um foguete (ou outro veículo) viajando o espaço. A descoberta do potencial manipulativo foi o marco inicial da tecnologia e permitiu ao homem não só se defender, mas atacar e dominar. Contudo, é também possível dizer que o polegar opositor, aliado às capacidades cognitivas e à autoconsciência, fez do homem o que é, e o conduziu ao presente estágio civilizatório.

Em síntese: para “bem” ou para o “mal” – as aspas se justificam pelo fato de estas categorias metafísicas não serem das mais propícias à descrição do direito e da sociedade – o homem e o instrumento compõem uma unidade inquebrantável. Reforça-se, destarte, o fechamento semântico defendido, pela invocação também da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

O último ponto a se destacar quanto ao inciso III é a criticável previsão do legislador em punir um ato preparatório, que pode nem mesmo o ser. Neste sentido, Roig (2005, p. 150):

A tipificação desta falta disciplinar também carece de objetividade por fundar-se em uma mera suspeição de que o instrumento possa vir a ser utilizado para lesionar outrem, mesmo que não haja a devida comprovação neste sentido. Reavivadas estão, com isso, as figuras punitivas de suspeita, baseadas não em condutas legalmente taxativas, mensuradas frente a uma determinada objetividade jurídica, mas sim em elementos circunstanciais meramente valorativos, capazes de ensejar a desconfiança do julgador quanto ao potencial lesivo da ação. Com isso, a Administração Penitenciária adianta os efeitos da tutela penal-disciplinar e invade a esfera íntima do recluso, punindo a mera intenção contrária à norma, ainda que esta nunca viesse a se materializar em efetiva lesão à integridade física de outrem. Em outras palavras: havendo dúvida, o Estado pune primeiro e somente então perquire os motivos e as circunstâncias da posse do instrumento.

Desvalora-se, uma vez mais, uma conduta sem resultado, tateando-se campo hipotético. Aplicam-se aqui os comentários já tecidos linhas acima a este respeito. A propósito, como a previsão se destina justamente a se antecipar a eventual conduta efetivamente lesiva à integridade de outrem, este deve ser um dos critérios a se levar em conta quando da apuração da infração em questão, de modo a considerar

atípicas as condutas que não se mostrem como preparação delitiva. Privilegia-se aqui o princípio da lesividade (que é também elemento configurador da tipicidade em sentido material): se não há preparação criminosa não há sequer perigo; não há lesão a bem jurídico. E “sem lesão a bem jurídico, não há um ‘para quê?’ do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura ‘jurisprudência dos conceitos’” (ZAFFARONI, 2011, p. 403).

4.2.4 Inciso IV: “acidente” de trabalho

No que diz respeito à provocação de acidente de trabalho (inciso IV), destacamos apenas que, como decorrência dos preceitos lógicos do sistema penal, em especial o que prediz somente haver crime culposos quando da previsão expressa em lei, advertimos sobre a inexistência de forma culposa no caso. A advertência é necessária pela escolha lexical do legislador, que optou pelo termo “acidente”, o qual pode transmitir impressão errônea ao intérprete. O uso deste termo não satisfaz a exigência de previsão expressa da forma culposa. Schmidt (2007, p. 256) ainda argumenta que a forma culposa não pode estar compreendida pela disposição, em primeiro lugar, em razão da desnecessidade de uma punição, considerando o mero desvalor do resultado, e não da ação; em segundo, “porque o dano culposos caracteriza no ‘meio social’, um mero ilícito civil, cuja punição restringe-se à reparação patrimonial dos danos causados”.

Por não se reportar a faltas disciplinares praticadas por reclusos em regime fechado, não teceremos comentários acerca do descumprimento das condições do regime semiaberto (inciso V).

4.2.5 Inciso VII: aparelhos telefônicos e “similares”

É bastante claro que a teleologia da norma do inciso VII é voltada para a proteção da segurança pública. Busca evitar que os reclusos se comuniquem com potenciais criminosos livres. Põe ênfase, portanto, no aspecto de prevenção especial negativa da pena: busca neutralizar a capacidade de agir do encarcerado.

Roig (2014, p. 217) destaca a necessidade de realização de perícia destinada a aferir se o aparelho telefônico, rádio ou similar são aptos à realização da

comunicação. Afinal, o tipo disciplinar exige que esses objetos permitam a comunicação com outros presos. Em caso de inutilidade comunicativa, estaríamos diante do “crime impossível”. Mais uma vez, é exigível a aplicação de institutos penais, por razões que já explanamos ao longo do trabalho.

Entrementes, a maior problemática em torno deste dispositivo legal decorre de uma construção jurisprudencial que, mais uma vez, desconsidera os limites semânticos e o princípio da reserva legal em prol de argumentos de política criminal. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal compartilham deste entendimento, conforme acórdãos abaixo colacionados, respectivamente:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE BATERIAS DE APARELHO CÉLULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.

2. Ordem denegada. (BRASIL, 2011)

EMENTA : HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. POSSE DE DOIS CHIPS DE APARELHO DE TELEFONE CÉLULAR. CARACTERIZAÇÃO. TELEOLOGIA DA NORMA. PROIBIÇÃO DA POSSE DO TELEFONE E SEUS COMPONENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) instituiu um amplo sistema de deveres, direitos e disciplina carcerários. O tema que subjaz a este habeas corpus diz com tal sistema, especialmente com as disposições normativas atinentes à disciplina penitenciária. Disciplina que o legislador entende ofendida sempre que o condenado “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” (inciso VII do art. 50 da LEP). 2. Em rigor de interpretação jurídica, o que se extrai da Lei de Execução Penal é a compreensão de que o controle estatal tem de incidir sobre o aparelho telefônico, mas na perspectiva dos seus componentes. É dizer: a Lei 11.466/2007 encampou a lógica finalística de proibir a comunicação a distância intra e extramuros. Pelo que a posse de qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz a norma incidir de pleno direito. 3. Tal maneira de orientar a discussão não implica um indevido alargamento da norma proibitiva. Norma que faz menção expressa à posse, ao uso e ao fornecimento de “aparelho telefônico, de rádio ou similar”. E o fato é que o chip faz parte da compostura operacional do telefone celular. Não tem outra serventia senão a de se acoplar ao aparelho físico em si para com ele compor uma unidade funcional. Donde se concluir que o referido artefato nem sequer é de ser tratado como mero acessório do aparelho telefônico, sabido que acessório é aquilo “que se junta ao principal, sem lhe ser essencial; detalhe, complemento, achega”. Ele se constitui em componente do aparelho e com ele forma um todo operacional pró-indiviso. 4. Ordem denegada, cassada a liminar. (BRASIL, 2011)

A lei não alude em nenhum momento aos “componentes” ou “acessórios” do aparelho telefônico. Utiliza-se de fórmula que descreve os objetos da conduta, seguida da fórmula genérica “ou similar”, permitindo interpretação analógica. Esta interpretação comporta outros aparelhos destinados à comunicação, mas não os componentes ou acessórios.

Confundir a unidade formada por um aparelho com suas partes integrantes afronta os limites semânticos. A compreensão do significado de “aparelho telefônico” pressupõe um conjunto integrado de mecanismos. Do contrário, se poderia realizar uma regressão atomizante: se cada unidade componente pode ser reputada como o todo, então os fragmentos das próprias unidades também o poderiam, e assim sucessivamente.

É de se ressaltar que esta previsão incorpora uma tática defensivista do poder punitivo, que restringe o direito de comunicação dos reclusos em favor da segurança pública.

A peremptória vedação da posse e uso de aparelhos em âmbito carcerário também evidencia a permanência da ideia de *less eligibility* e a visão seletiva e discriminatória sobre os presos em comparação com as pessoas em meio livre. Enquanto parece inimaginável proibir o uso de aparelhos celulares no meio livre, com o argumento de que pessoas livres o usam para delinquir, por outro lado, julga-se correto vedar a todos os presos, indiscriminadamente, o acesso à telefonia celular, com o argumento de que é necessário evitar a prática de crimes de dentro das prisões (ROIG, 2014, p. 222).

A lei presume a facilitação do cometimento de infrações. Não é uma infração de dano, mas de perigo, excepcional no direito penal, ante à ausência de lesividade concreta, o que demanda ainda maior cautela interpretativa. A comunicação entre o recluso e o mundo exterior, por si só, não lesa o bem jurídico segurança pública (não há tipicidade material), tanto menos o de fragmentos ou acessórios dos objetos descritos no texto legal.

Assim, embora discordando da opção política de punir como infração grave a simples posse de aparelhos celulares, rádios ou similares, admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, sua constitucionalidade, é exigível, ao menos, o respeito ao texto legal.

O filtro constitucional permite, no caso, indagar acerca de um fechamento semântico: haveria infração mesmo que não houvesse lesão ao bem

jurídico? Semelhantes previsões coabitam com os princípios de um Estado Democrático de Direito? Por outro lado, jamais importaria num alargamento, mormente por se tratar de espécie excepcionalíssima e antecipatória à lesão efetiva.

4.2.6 Art. 52: crime, falta grave e o *bis in idem*

O art. 52 dispõe que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave. Diante disso, a primeira pergunta que se põe é: a independência das instâncias civil, administrativa e penal descaracteriza o *bis in idem*?

Já respondemos a essa pergunta, indiretamente, linhas acima. A disciplina penitenciária difere substancialmente da típica disciplina administrativa: guarda mais similaridade com o direito penal, pois traz consequências diretas e indiretas à liberdade do agente e tem origem na sentença, imperativa – não há consenso na formação da relação jurídica Estado-recluso –. Se devem ser reconhecidas as garantias penais, como propomos, o mesmo deve ocorrer com o *ne bis in idem*. A proximidade da sanção penal à sanção imposta na execução, ambas se reportando ao direito de liberdade, levaria a um acúmulo de sanções incidentes sobre a liberdade: verdadeira redundância.

Podemos afirmar que as sanções penais propriamente ditas revelam maior desvalor da conduta. Essa afirmação deve conduzir à conclusão contrária à proposta pela Lei de Execução Penal: em vez de submeter o eventual criminoso ao simplório (embora defendamos que assim não o seja) procedimento disciplinar e à sanção administrativa, deve submetê-lo ao processo penal, e somente este, com a respectiva sanção. Se já há a aplicação de reprimenda, ou sua possibilidade no exercício do *ius puniendi*, a sanção administrativa se apresenta como um “a mais” despiciendo pela lógica interna do sistema penal.

Ainda que se pugne pela possibilidade do acúmulo de sanções, deve-se ao menos, reconhecer que a falta disciplinar de natureza grave só pode importar em sanção após o trânsito em julgado do processo criminal que a origina (ROIG, 2014, p. 227), em respeito aos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

A Lei 7.210/84 menciona que a “prática de fato previsto como crime doloso” configura falta grave. Somente se pode considerar que houve crime, se houve

processo e condenação irrecorrível. É sabido que o Supremo Tribunal Federal é vacilante na interpretação da amplitude do art. 5º, LVII, ora exigindo trânsito em julgado, ora contentando-se com a confirmação, em segunda instância, do decreto condenatório (como é o caso da decisão proferida no julgamento do HC 126.292/SP). A Constituição, entretanto, não hesita neste ponto. Estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por mais inventiva que certa doutrina e jurisprudência possam ser na busca de um subterfúgio que justifique a não aplicação do dispositivo, até mesmo aventando a subclassificação do instituto do “trânsito em julgado” e se esforçando para interpretar restritivamente uma garantia constitucional penal, não logra desvencilhar-se de uma prática apegada ao paradigma da filosofia da consciência, de modo a construir o mundo a partir de um alto grau de subjetividade. Essa prática é, decerto, contrária à consolidação das próprias instituições democráticas e à concepção de Constituição desenvolvida ao longo do último século.

Essa dupla punição ainda revela algumas contradições internas do sistema punitivo. Se considerarmos, de um lado, a aplicação da sanção disciplinar a um apenado cuja nova pena veio apenas a se somar às anteriores e, de outro, a de um que foi solto pela extinção da punibilidade da pena anterior, e que terá novo início de cumprimento de pena, vislumbra-se estridente violação à igualdade. Afinal, não se cogitaria da aplicação de uma pena disciplinar àquele cuja execução, no curso da qual foi praticada a infração, foi extinta. Enquanto que o outro estaria sujeito a todas as sanções do art. 53 da Lei de Execução Penal, entre outras.

A relutância dos intérpretes em reconhecer vários dos direitos e garantias do apenado parece ter origem na construção jurisprudencial contrária ao ordenamento jurídico de que a falta disciplinar praticada por preso em regime fechado interrompe o lapso para progressão de regime. Esse efeito é alçado à condição de principal sanção, ainda que não previsto em lei. Como não se pode conceber que em determinadas situações, comparativamente a outras, este efeito não seja produzido – como é o caso da analisada – a partir desta inconstitucionalidade, erige-se verdadeiro castelo de cartas, apoiando-se normas inválidas sobre outras também viciadas, combinadas com interpretações que restringem direitos fundamentais e expandem institutos punitivos.

Outra contradição se refere à prática do crime previsto no art. 28 da Lei de nº 11.343/2006. As penas previstas no dispositivo são: advertência sobre os efeitos

das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Há certa despenalização da conduta de possuir drogas para consumo. É provável que na maior parte dos casos a sanção disciplinar por condenação criminal no delito em comento provoque efeitos mais intensos do que a própria sanção penal. Aplicando-se a indevida interrupção do lapso de progressão de regime, nos depararíamos com hipótese em que um tipo sem previsão de pena poderia importar em um retardo no direito de liberdade de meses, ou mesmo, anos.

Concordamos, portanto, com a conclusão de Roig (2014, p. 230), para quem a condenação no delito descrito no art. 28, da Lei 11.343/2006 não deve produzir efeito sobre a execução penal.

Isto certamente afetaria os princípios da proporcionalidade e não discriminação das pessoas presas, pois se usuários de drogas em meio livre não são sancionados com a privação da liberdade, usuários presos também não poderão ver a privação de sua liberdade agravada, seja de que forma for (ROIG, 2014, p. 230).

Contudo, mesmo desconsiderando a criticada interrupção, as próprias sanções descritas nos arts. 52 e 53 da Lei de Execução Penal se mostram muito mais severas do que as cominadas ao tipo penal da posse de drogas para consumo pessoal, e trazem diversas hipóteses de restrição mais intensa da liberdade. Por conseguinte, a afronta à proporcionalidade é bastante clara.

5 CONCLUSÃO

Das diferenças traçadas entre o regime disciplinar tipicamente administrativo e aquele extraído do arcabouço normativo pertinente à execução penal, infere-se a necessidade de tratamento distinto entre ambos. A doutrina jurídica deve voltar os olhos para o desenvolvimento de uma teoria da pena disciplinar que aproxime as garantias dos processos disciplinares ao processo de conhecimento de natureza penal.

Essa construção deve se pautar pelo reconhecimento da normatividade constitucional e pela busca de respostas adequadas à Lei Maior; ser erigida a partir, também, das bases teóricas inauguradas pelo giro ontológico-linguístico, abstraindo-se de posturas solipsistas que sobrevaloram o sujeito. Importa reconhecer a existência de uma comunidade compartilhada de sentido, da qual se deduz não se admitir que a construção do significado se realize a partir do vazio: os limites semânticos devem ser respeitados.

Ademais, a constatação do declínio do ideal ressocializador e da eficácia social das previsões normativas que o regulam não deve servir de alibi à violação de direitos fundamentais no âmbito carcerário; ao contrário, deve impor maior intensidade na busca pela proteção desses direitos, mormente pelos julgadores, aos quais cabe atuar como guardiões da normatividade constitucional.

Considerar a origem da instituição prisional como pena precípua, os ideais que a permeiam, as transformações pelas quais passou ao longo da modernidade e da pós-modernidade permite-nos não só avaliar, por um prisma sociológico, de forma crítica, a própria (des)legitimação deste instrumento punitivo, mas também, levando em conta as regras estatuídas pelo Poder Legislativo Originário e Derivado, exigir que se façam valer os direitos e garantias conferidos aos indivíduos para se protegerem contra o arbítrio estatal.

Por fim, identificamos uma série de normas inconstitucionais atinentes à disciplina na execução penal, que são aplicadas corriqueiramente, o que conduz à uma crise de legitimidade jurídica de exercício do poder punitivo. O judiciário, além de condescendente na aplicação de normas inválidas prejudiciais aos apenados, também apresenta postura proativa na construção de regras – as quais não foram impostas por um poder legítimo (legislativo) – que desrespeitam vários dos fundamentos do

Estado de Direito e não se coadunam com a deferência aos limites interpretativos, tampouco com a integridade do direito.

REFERÊNCIAS

2001: UMA ODISSEIA NO ESPAÇO. Direção: Stanley Kubrick. Vídeo. DVD. Cor. 148 min. Warner, 2001.

AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e Sociedade na América Latina**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALBUQUERQUE NETO, Flávia de Sá Cavalcanti de. **Da Cadeia à Casa de Detenção: a Reforma Prisional no Recife em Meados do Século XIX**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume II**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

_____. **Lei nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em 02. jun. 2018.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em 05 jun. 2018.

_____. **Lei nº. 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 195401 SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ: 29/06/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+195401&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial: EREsp 1176486 SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 01/06/2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERES](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERES)

P%27.clas.+e+@num=%271176486%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%271176486%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 07 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 441**. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27441%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27441%27).sub.)> Acesso em 07 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sumula nº 534**. A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>> Acesso em 07 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 106797. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 21/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000123463&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 07/02/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000321544&base=baseAcordaos>. Acesso em 24 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 97135 SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 24/05/2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97135&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 100919 SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 04/03/1988. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2817946/recurso-extraordinario-re-100919-sp>>. Acesso em 05 jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Teoria Agnóstica da Pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo**. In: CARVALHO, Salo de; et. al. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA, Emília Viotti da; **Da Senzala à Colônia**. 4. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1998.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça. **Infopen – 2016**. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 05 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HOLLOWAY, Thomas. **O Calabouço e o Alijube do Rio de Janeiro no Século XIX**. In: MAIA, Clarissa Nunes; et. al. **História das Prisões no Brasil, Volume I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-tortura>>. Acesso em 05 de jul. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática histórica da Execução Penal no Brasil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Execução Penal: teoria crítica**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. 1. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6.ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus: HC 0030997-44.2015.8.26.0000. 1ª Câmara de Direito Criminal. DJ: 01/08/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/215298477/habeas-corpus-hc-309974420158260000-sp-0030997-4420158260000>>. Acesso em 17 jun. 2018.

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 144, de 29 de junho de 2010**. Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>>. Acesso em 15 jun. de 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A Crise de Legalidade na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de; et. al. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. In: CARVALHO, Salo de; et. al. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.