

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**RODRIGO EIDELVEIN DO CANTO**

**A FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO  
COMO CRIME DOLOSO**

PORTO ALEGRE

2010

**RODRIGO EIDELVEIN DO CANTO**

**A FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO  
COMO CRIME DOLOSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Humberto Jacques de Medeiros

PORTO ALEGRE

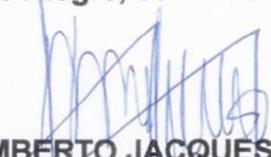
2010



**A T A**

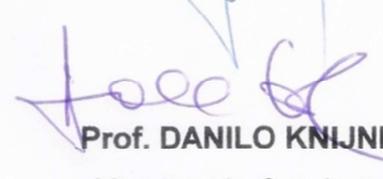
Aos seis dias do mês de dezembro de dois mil e dez, no Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, às dezoito horas e trinta minutos, reuniu-se a Comissão Examinadora, composta pelos professores **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS, DANILO KNIJNIK E ODONE SANGUINÉ** para sob a presidência do primeiro, na qualidade de orientador, argüirem o acadêmico **RODRIGO EIDELVEIN DO CANTO**, para fins de avaliação da Monografia de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, na forma da Resolução 02/2004 - COM-GRAD/DIR da Faculdade de Direito. O trabalho de título "**A FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO**" apresentado à Comissão Examinadora que após a argüição do acadêmico atribuiu-lhe o conceito final "**A**". Nada a mais a tratar foi encerrada a sessão e lavrada a presente ata assinada pelos membros da Banca Examinadora.

**Porto Alegre, 06 de dezembro 2010.**



**Prof. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Presidente da Comissão



**Prof. DANILO KNIJNIK**

Membro da Comissão



**Prof. ODONE SANGUINÉ**

Membro da Comissão

*Nada é mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal axioma é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões.*

*Cesare Baccaria*

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a norma contida no artigo 52 da Lei de Execução Penal brasileira, a qual equipara a falta grave à prática de fato definido como crime doloso. Essa equiparação tornou-se matéria controvertida no meio doutrinário e jurisprudencial, principalmente no que tange a necessidade de haver decisão judicial transitada em julgado para o reconhecimento da falta de natureza grave. O principal objetivo desse estudo é analisar os argumentos empregados pelas duas correntes teóricas que compõem o debate, bem como investigar os pressupostos doutrinários e legais que servem de subsídio para o desenvolvimento do tema. Parte-se da constatação de que o sistema de execução penal objetiva a reprovação e prevenção dos delitos, mediante a efetivação da sanção cominada em abstrato pela sentença penal, cabendo ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, entrosadamente, a realização desses fins propostos. Num segundo momento, estudam-se os princípios incidentes na execução penal e a distinção entre as espécies normativas regra e princípio, de modo a esclarecer que o emprego desmedido de princípios constitucionais, desconsiderando as regras estabelecidas pelo legislador infraconstitucional, pode ter como consequência a violação de outros princípios constitucionais fundamentais: o princípio democrático, o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Por fim, analisam-se os argumentos utilizados pelas correntes que compõe o debate, cotejando-os com as decisões dos tribunais superiores, de maneira a elucidar qual posição encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** falta grave; fato definido como crime doloso; execução penal; decisão judicial transitada em julgado.

## **ABSTRACT**

The present work discusses the norm contained on the article 52 of the Brazilian Penal Execution Law, which treats the practice of a fact defined as deliberate crime as serious misconduct. Such treatment has become a controversial issue in legal doctrine and jurisprudence, especially regarding the need for final judicial decision to recognize the serious misconduct. The main objective of this study is to analyze the arguments used by the two theories that generate the debate, and to investigate the doctrinal and legal assumptions that serve as input to the development of this issue. Commencing from the observation that retribution and prevention of crime are the purposes of the criminal enforcement system, through effective implementation of the sanction imposed by the criminal sentence, and that the Executive and the Judiciary are responsible for achieving those goals proposed. Secondly, the study brings up the principles of the penal execution and the criteria that distinguish normative species between rule and principle, in order to clarify that the excessive use of constitutional principles, disregarding the rules set by the legislature, can result in the violation of other fundamental constitutional principles: the democratic principle, the principle of legality and the principle of separation of powers. Finally, the arguments used by the two theories that generate the debate are individually examined, comparing them with the decisions of Brazilian Higher Courts in order to elucidate which position is fully contemplated by the Brazilian legal system.

**Keyword:** serious misconduct; fact defined as deliberate crime; penal execution; final judicial decision.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1A EXECUÇÃO PENAL E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>10</b>
<b><i>1.1 Finalidade da sanção penal .....</i></b>	<b><i>10</i></b>
<i>1.1.1 Teorias absolutas ou retribucionistas .....</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2 Teorias relativas ou utilitaristas .....</i>	<i>13</i>
<i>1.1.3 Teorias mistas.....</i>	<i>15</i>
<b><i>1.2 Natureza jurídica da execução penal.....</i></b>	<b><i>16</i></b>
<i>1.2.1 Sistemas administrativos .....</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2 Sistemas jurisdicionais .....</i>	<i>19</i>
<i>1.2.3 Sistemas mistos ou complexos .....</i>	<i>20</i>
<b><i>1.3 Objeto da execução penal.....</i></b>	<b><i>22</i></b>
<i>1.3.1 Garantias e direitos do condenado não atingidos pela sentença e assistência .....</i>	<i>23</i>
<i>1.3.2 Deveres do condenado e disciplina .....</i>	<i>26</i>
<b>2 OS PRINCÍPIOS INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL E SUA FORMA DE APLICAÇÃO .....</b>	<b>31</b>
<b><i>2.1 Os princípios incidentes na execução penal.....</i></b>	<b><i>31</i></b>
<i>2.1.1 Princípio da legalidade .....</i>	<i>31</i>
<i>2.1.2 Princípio da individualização da pena.....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.3 Princípio da humanização da pena .....</i>	<i>34</i>
<i>2.1.4 Garantias constitucionais processuais penais incidentes na execução .....</i>	<i>35</i>
<b><i>2.2 Aspectos doutrinários sobre a conceituação e aplicação de regras e princípios.....</i></b>	<b><i>37</i></b>
<i>2.2.1 Definição das espécies normativas e seus critérios distintivos.....</i>	<i>38</i>
<i>2.2.2 Aplicação das espécies normativas e o “neoconstitucionalismo” brasileiro .....</i>	<i>43</i>
<b>3 A FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO .....</b>	<b>47</b>
<b><i>3.1 Fundamentos baseados na aplicação das garantias constitucionais .....</i></b>	<b><i>48</i></b>

<i>3.2 Fundamentos baseados na interpretação literal da lei</i> .....	55
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	66

## INTRODUÇÃO

A disciplina dentro dos estabelecimentos penais é uma das questões mais delicadas e tormentosas enfrentada na execução das penas privativas de liberdade. A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), visando dirimir os abusos cometidos pelos diretores ou guardas das penitenciárias e modificar a concepção predominantemente repressiva e desumana dos textos disciplinares, adotou disposições precisas sobre a disciplina e deu definição legal taxativa das condutas que configuram infrações disciplinares.

Por conseguinte, essa lei busca um equilíbrio entre as punições e as recompensas empregadas para garantir a boa disciplina nos estabelecimentos penitenciários, a fim de impedir que se instaure a indisciplina e a desordem dentro dos estabelecimentos penais e, por outro lado, que as normas disciplinares sejam excessivamente rígidas e desumanas.

Nesse sentido, a lei supracitada delega ao legislador estadual a competência para enumerar as condutas que representam infrações de natureza média e leve e as respectivas sanções (art. 49, segunda parte, da Lei de Execução Penal). Conforme determina o item 79 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, as peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos devem ser levados em conta no momento de estabelecer qual o tratamento disciplinar adequado para o estabelecimento prisional.

No tocante às faltas disciplinares de natureza grave, a LEP define taxativamente quais condutas merecem tratamento disciplinar mais rigoroso, tendo, dentre outras conseqüências, repercussão no regime de cumprimento de pena, o qual consiste na transferência do apenado para o regime mais rigoroso (art. 118, inciso I, da LEP).

O legislador, ao enumerar as espécies de infrações disciplinares graves, optou pela equiparação da falta grave à prática de fato definido como crime doloso, obrigando a

autoridade administrativa a apurar o fato por intermédio de um procedimento disciplinar e, posteriormente, representar ao juiz da execução para que este decida sobre a regressão (inciso I e parágrafo único do art. 118 da LEP).

Essa equiparação tornou-se matéria controvertida no meio doutrinário e jurisprudencial, provocando inúmeros debates sobre a matéria, sendo esta a questão sob a qual está fundada o presente trabalho.

No primeiro capítulo, faremos um estudo da execução penal e do procedimento administrativo disciplinar, partindo da análise doutrinária das finalidades da sanção penal e como ela é abordada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, verificaremos a natureza jurídica da execução penal, a fim constatar se há dentro da execução uma divisão de competências entre o Poder Administrativo e Judiciário ou se somente um desses poderes possui legitimidade para decidir os rumos da execução da pena. Uma vez delineada a finalidade da sanção penal e natureza jurídica da execução penal, abordaremos os objetivos traçados pela Lei de Execução Penal para o cumprimento da sanção imposta ao apenado. Neste último ponto, será dada ênfase aos direitos e aos deveres do condenado, bem como no que consiste a disciplina e as formas de mantê-la.

No segundo capítulo, cuidaremos dos princípios incidentes na execução penal, principalmente aqueles que lhe são peculiares, sem olvidar das garantias processuais penais que são aplicadas subsidiariamente à execução. Estudaremos, também, a distinção entre regras e princípios e a sua forma de aplicação, de modo a compreendermos o critério mais adequado para aplicação dessas normas ao caso objeto desse trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, examinaremos a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o reconhecimento da prática de fato definido como crime doloso como falta grave, sem que esse delito tenha sido objeto de decisão judicial transitada em julgado, separando os argumentos empregados nesse debate em duas correntes teóricas: a primeira baseada na ponderação de princípios constitucionais para a resolução das hipóteses legais e a segunda que parte das condutas estabelecidas pela lei e as coteja com os fins previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Estudaremos cada uma dessas teorias conforme os parâmetros fixados nos capítulos precedentes, de forma a elucidarmos qual delas é a mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro.

# 1 A EXECUÇÃO PENAL E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

## 1.1 *Finalidade da sanção penal*

Analisando sob o ponto de vista histórico, o direito de punir (*ius puniendi*) surge como um direito natural ou filosófico, inerente à própria existência da sociedade. Antonio José Miguel Feu Rosa assinala que todas as civilizações possuíram um sistema penal, mesmo de forma embrionária, tendo em vista a necessidade de manutenção da harmonia na vida social, cumprindo a fixação da pena função de garantir o respeito às regras estabelecidas e de reagir contra o indivíduo violador da norma de convivência social<sup>1</sup>.

Um exame da evolução do direito de punir se justifica pela possibilidade de esclarecer quais os fundamentos que amparam a existência da sanção penal hodiernamente, tendo a doutrina dividido o caminho percorrido pelas teorias que propõem a justificação desse fim em três correntes: absolutas, relativas (ou utilitárias) e mistas<sup>2</sup>.

Sídio Rosa de Mesquita Júnior destaca que as fases do direito penal não são estanques, de maneira que princípios característicos de cada fase podem ter coexistido, bem como ressurgido em determinadas épocas do direito penal. Assevera, ainda, que referidos períodos não constituem efetivas Escolas Penais, visto que são anteriores ao conhecimento científico da matéria, que surge nos tempos modernos<sup>3</sup>. As práticas penais, portanto, devem ser consideradas, conforme afirma Michel Foucault, “mais como um capítulo da anatomia política do que uma consequência das teorias jurídicas”<sup>4</sup>.

### 1.1.1 *Teorias absolutas ou retribucionistas*

Para as teorias absolutas (retribucionistas ou de retribuição), a pena teria como fim único a retribuição pelo crime cometido. Com isso, o agente é punido porque cometeu o crime

---

<sup>1</sup> ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 12.

<sup>2</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

<sup>3</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 31.

(*punitur quia peccatum est*), devendo a pena refletir o mesmo mal causado pela prática do crime, porquanto somente o que é igual é justo, devendo imperar a igualdade entre a pena e o crime. A expressão mais fiel desse ideal teórico absolutista está contida na Lei de Talião<sup>5</sup>.

Conforme destaca Mirabete, o castigo seria uma forma de compensar o mal, além de dar reparação à moral, sendo a pena uma exigência ética ausente de conotação ideológica<sup>6</sup>. Para essas teorias, o crime é uma espécie de dano a reparar, em que a pena serve como represália e expiação pelo delito cometido, opondo-se a qualquer finalidade utilitária, não cumprindo qualquer papel preventivo através da ameaça de castigo e muito menos se preocupando com a pessoa do delinqüente<sup>7</sup>. Na expiação, estaria contida a idéia de curar ou reparar o injusto ocorrido, de modo a torná-lo bom novamente pela redenção do mal. Já a represália, além de ser uma reabilitação do mal, representaria um mal para o próprio condenado, ressarcindo o dano através da pena.

Na França do séc. XVIII, o suplício cumpre uma função de restabelecer o poder do soberano, se tornando o corpo do condenado coisa do rei, conforme demonstra Michel Foucault:

Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito dever ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena é feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca. E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força – se apodera do corpo do condenado para mostra-lo marcado, vencido, quebrado.<sup>8</sup>

O ponto de divergência das teorias retributivas aparece nas suas concepções sobre o objeto da ofensa do delito, bem como sobre o sujeito a quem se deve dar satisfação, conforme

<sup>5</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 24.

<sup>7</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 27.

assinala Antonio José Miguel Feu Rosa. Assim, temos ainda a subdivisão das teorias absolutas em represália divina; represália moral; e represália jurídica<sup>9</sup>.

De acordo com a teoria da represália divina, o *ius puniendi* é exercido pela divindade através de seu representante, rememorando os modelos penais da antiguidade. Esse modelo retributivista arcaico tinha como pressuposto a justiça de sangue, cujo caráter principal é a celeridade e a vingança<sup>10</sup>.

O retributivismo baseado na represália moral tem seu maior representante na figura de Immanuel Kant em sua obra *Metafísica dos costumes*. Para Kant, a pena será aplicada simplesmente porque a prática de um crime viola o imperativo categórico<sup>11</sup> contido na lei penal, sendo que “jamais poderá ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil<sup>12</sup>”.

Portanto, a pena é um fim em si mesmo, devendo a sua aplicação obedecer ao princípio da igualdade, a fim de que o mal imerecido infligido a outra pessoa seja infligido na mesma quantidade e qualidade ao criminoso, conforme a aplicação da Lei de Talião dada pelo tribunal<sup>13</sup>.

Em consonância com isso, todo assassino – todo aquele que cometer assassinato, ordená-lo ou ser cúmplice deste – deverá ser executado. Isto é o que a justiça, como a idéia do poder judiciário, quer de acordo com leis universais que têm fundamento *a priori*<sup>14</sup>.

Hegel, por fim, será o principal defensor da teoria da represália jurídica, justificando a imposição da pena como uma necessidade lógica, sendo marcado por seu caráter retributivo talional ao defender “o princípio conceitual de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência<sup>15</sup>”. Diante disso, temos que o delito configura uma agressão ao direito, devendo a pena restaurar a ordem

<sup>9</sup> ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 118.

<sup>11</sup> Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que o imperativo categórico kantiano é resumido em duas fórmulas: “age segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal e nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 230-231).

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 174.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 174.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 177.

<sup>15</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84.

jurídica através da prática de outra violência equivalente contra o delito, a fim de neutralizá-lo.

A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor<sup>16</sup>.

### 1.1.2 Teorias relativas ou utilitaristas

As teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), por sua vez, consideram que a pena abriga o desígnio de prevenção geral (com relação a todos) ou especial do delito (com relação ao condenado), mediante uma proibição legal, em que sua desobediência implicaria na aplicação de um castigo. A imposição de uma pena ocorreria naqueles casos em que a cominação em abstrato não foi suficiente para coagir psicologicamente o criminoso a não praticar o delito. Para essas teorias, o crime não é a causa da pena, mas a ocasião para que ela seja aplicada, sob a justificativa de necessidade social<sup>17</sup>.

Entre os defensores da teoria utilitarista de prevenção geral, destaca-se o modelo penalógico de Beccaria fundado no contrato social. De acordo com o autor, a cessão da liberdade individual para a fundação do Estado acabaria gerando os próprios limites do poder de punir, uma vez que as penas não poderiam ultrapassar aquilo que não foi previamente acordado, de maneira que qualquer violência a outro bem jurídico seria ilegítima e injusta<sup>18</sup>.

Salo de Carvalho cita uma passagem do livro de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, demonstrando que o utilitarismo deste autor está fundado na máxima de que:

É melhor prevenir crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84.

<sup>17</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

<sup>18</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 123.

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 123.

A pena, por conseguinte, teria caráter intimidatório, de modo a “impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime<sup>20</sup>”. Verifica-se que a sanção deixa de ser um fim em si mesma, sendo empregada como meio de prevenção geral do delito, ou seja, o condenado passa a servir de exemplo para que outros não cometam crimes.

Foucault sintetiza o pensamento utilitarista de prevenção geral da seguinte forma:

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e os da pena.<sup>21</sup>

Dentro da linha defensora da função preventiva especial da pena, merece referência Ferri, um dos porta-vozes do relativismo/utilitarismo, em que “o delito é sintoma de periculosidade”, decorrente de inúmeros fatores verificáveis pelo método experimental, devendo a pena ser medida de acordo com a periculosidade do delinqüente<sup>22</sup>.

Salo de Carvalho irá destacar que esse movimento opera uma sanção baseada em elementos da medicina na tentativa de recuperar e civilizar o criminoso<sup>23</sup>, que é sempre alguém psicologicamente enfermo. Por conseguinte, o ponto principal da teoria da prevenção especial da pena é a definição “da personalidade do agente, visto que esta fundamenta os prognósticos de reincidência e os juízos de periculosidade que atuarão na dosimetria e na execução da sanção<sup>24</sup>”. Não há uma tentativa de intimidação do grupo social nem de retribuição do fato praticado, buscando-se unicamente a recuperação do criminoso, a fim de que retorne ao convívio social.

Diante disso, Ferri separou os criminosos em cinco categorias, cada uma possuindo seu instrumento específico de tratamento, sendo elas: o *nato*; o *louco*, portador de enfermidade mental; o *habitual*, produto do meio social; o *ocasional*, indivíduo sem firmeza

<sup>20</sup> BECCARIA *apud* CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 124.

<sup>21</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 89.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 261.

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 129.

<sup>24</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 135.

de caráter e versátil na prática do crime; e o *passional*, homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada<sup>25</sup>.

Foucault, analisando esse movimento, acrescenta que:

Não se pune portanto para apagar um crime, mas para transformar um culpado (atual ou virtual); o castigo deve levar em si uma certa técnica corretiva.

(...)

Enfim os modelos anglo-saxões, como os projetos dos legisladores e dos teóricos, utilizam processos para singularizar a pena: em sua duração, sua natureza, sua intensidade, na maneira como se desenrola, o castigo deve ser ajustado ao caráter individual, e ao que este comporta de perigo para os outros. O sistema das penas deve estar aberto às variáveis individuais.<sup>26</sup>

### 1.1.3 Teorias mistas

Finalmente, as teorias mistas afirmam que a pena possui um fim retributivo, mas contém, também, em seu âmago a função de reeducar o delinquente e de intimidar a sociedade para que não incorra na prática delituosa<sup>27</sup>. Referidas teorias buscam a conciliação entre os princípios contidos nas proposições absolutas e relativas, afirmando que o crime não é uma fatalidade – o que, conseqüentemente, afasta o tipo penal antropológico –, mas decorrente de questões sociais.

A Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, em seu item 50, atribui à pena o caráter de “reprovação e prevenção do crime”, o que permite afirmar que o Código Penal brasileiro adota a teoria mista.

Diante disso, a individualização da pena passa a ter papel fundamental no cumprimento dos objetivos dispostos na exposição de motivos do Código Penal de 1984, conforme se verifica no seu item 50:

50. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade,

<sup>25</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 123.

<sup>27</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

A pena possuiria caráter ressocializador, bem como neutralizador e punitivo através de um sistema de segurança. Entretanto, a conciliação entre cárcere e ressocialização não se sustenta no direito penal moderno, surgindo o entendimento de que a readaptação social do condenado deve observar a humanização e liberação da execução penitenciária, e, com isso, uma série de medidas substitutivas devem ser aplicadas pelo juiz, tais como o perdão judicial, suspensão condicional da pena, livramento condicional, prisão-albergue, penas restritivas de direito, multa e penas alternativas<sup>28</sup>.

Hodiernamente, pode-se afirmar que o *ius puniendi* amolda-se para corresponder à idéia de humanizar e punir, restringindo a aplicação da pena privativa de liberdade aos casos em que se mostra imprescindível sua aplicação.

## **1.2 Natureza jurídica da execução penal**

Elucidar a natureza jurídica da execução penal é um tema de grande interesse para este trabalho, uma vez que, antes de ser de ordem estritamente teórica, possui relevantes conseqüências no reconhecimento da existência ou não de um processo de execução, e, por conseguinte, na extensão de garantias constitucionais ao apenado, que passaria a ser titular de direitos e garantias, e não mero objeto da execução.

Ada Pellegrini Grinover aduz que a dificuldade doutrinária na atribuição de uma natureza jurídica à execução penal reside no fato de que esta possui aspectos de direito penal, devido à relação entre sanção e *ius puniendi*; processo penal, em razão do título executivo; e direito administrativo, no que tange a expiação da pena<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 264.

Diante dessas dificuldades, Salo de Carvalho assinala a existência de três sistemas doutrinários que indicam a natureza jurídica da execução penal, quais sejam: os sistemas administrativos, os sistemas jurisdicionais e os sistemas complexos ou mistos<sup>30</sup>.

### 1.2.1 *Sistemas administrativos*

Para os defensores do sistema administrativista, dentre eles Adhemar Raymundo da Silva e Fernando Albuquerque Prado, ambos referidos por Salo de Carvalho, a atividade jurisdicional cessaria com o trânsito em julgado da decisão final, devendo toda atividade superveniente, vinculada à execução penal, ser exercida pela administração pública. Dessa forma, o apenado seria encarado como objeto da execução, e as benesses legais responsáveis pela atenuação da quantidade ou qualidade da pena não comporiam os direitos do preso, sendo apenas medidas político-criminais do Estado, intimamente ligadas ao exercício do *ius puniendi*. A atividade executiva, por sua vez, seria regida exclusivamente pelos princípios da disciplina e da ordem, possuindo a administração ampla discricionariedade para criar restrições e punições ao recluso, uma vez que seus direitos não foram limitados pela sentença penal<sup>31</sup>.

Ana Lúcia Menezes Vieira, fazendo alusão aos ensinamentos de Sidnei Agostinho Beneti, demonstra que referido sistema não possui uma legislação especial responsável pela regulação dos direitos e garantias do preso na execução da pena, bem como o juízo especial de execução inexistente ou é limitado a intervenções de caráter meramente administrativo, como, por exemplo, a fiscalização das prisões por meio de visitas para verificar problemas relativos à saúde, alimentação, higiene e condições do local onde são alojados os presos. Referida atividade judicial não teria qualquer capacidade de intervenção jurisdicional, o que deixava o preso subjugado à normatividade secundária, como Regulamentos e Decretos, e à decisão do administrador do presídio, que atuaria como uma espécie de “supercarcereiro”<sup>32</sup>.

O entendimento mencionado, todavia, não encontra guarida no atual ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, com a entrada em vigor da Lei n. 7.210/84, a execução penal adquiriu tendência jurisdionalizante, além de autonomia em relação aos outros ramos

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 162.

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 163 e 166.

<sup>32</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 15 e 16.

do direito, conforme se verifica nos itens 10 a 12 da Exposição de Motivos n. 213, da Lei de Execução Penal, de 09 de maio de 1983.

10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais.

12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, evoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal.

Ana Lúcia Menezes Vieira acrescenta que, durante o cumprimento da sanção, verificam-se interesses colidentes entre o Estado e o condenado, devendo ser reconhecida a legitimidade do juiz para gerenciar esse conflito através do devido processo legal, não havendo mais como sustentar o entendimento puramente administrativista<sup>33</sup>.

Portanto, a partir do advento da Lei n. 7.210/84 tornou-se menos controverso no meio doutrinário que a atividade do juiz dentro da execução penal passa a ter caráter jurisdicional, sendo marcada, conforme expõe Antônio Scarence Fernandes, pela imparcialidade no cumprimento da vontade da lei contida na sentença condenatória e sobreposição da vontade normativa às vontades das partes ou interessados. O autor supracitado ainda assevera que o juiz, ao agir dentro dos limites da sentença condenatória, tem como escopo a individualização do cumprimento da pena “em consonância com os progressos de ressocialização apresentados

---

<sup>33</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 16.

pelo preso”, garantindo a este uma melhor situação, bem como maior proteção à sociedade que não se sentiria mais ameaçada pelo perigo de novos crimes<sup>34</sup>.

O ponto de divergência doutrinário atualmente reside no reconhecimento de um direito penitenciário, de caráter administrativo e que ficaria a cargo das autoridades penitenciárias.

### 1.2.2 *Sistemas jurisdicionais*

O sistema jurisdicional da execução da pena, sustentado por Salo de Carvalho, admite somente a existência de um processo de execução o qual instrumentaliza a aplicação da sanção fixada pela sentença penal e concretiza os direitos e garantias fundamentais do preso.

Com o intuito de diminuir tais violações [dos direitos do condenado], restringir a atividade da administração e proporcionar ao apenado garantia mínima de seus direitos, a Lei n. 7.210/84 normatizou a jurisdicionalização da execução da pena.<sup>35</sup>

Portanto, por meio de uma execução da pena processual, juiz, ministério público e condenado – representado por seu procurador – estabelecem uma verdadeira relação jurídica, em que o órgão judicial “controlaria os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados”<sup>36</sup>. A atividade jurisdicional seria estendida até as relações específicas e imediatas do apenado com a administração dos estabelecimentos penais, possibilitando a interferência direta do Judiciário na Administração, inclusive sobre atos delegados pela LEP à autoridade administrativa, a exemplo da apuração e aplicação de sanções disciplinares, conforme disposto no art. 47 da LEP.

Todavia, referido posicionamento, além de ir de encontro a algumas normas da LEP – a exemplo do já citado art. 47, além dos arts. 41, parágrafo único, 48, 64 e 70<sup>37</sup> –, não

<sup>34</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Reflexos Relevantes de um Processo Penal Jurisdicionalizado*. Revista Justitia, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994, p. 39.

<sup>35</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 166.

<sup>36</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 169.

<sup>37</sup> Assim dispõem os citados artigos: “**Art. 41.** Constituem direitos do preso: (...) **Parágrafo único.** Os direitos previstos nos incisos, V, X, e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”; “**Art. 48.** Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.”; “**Art. 64.** Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe: I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança; II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País; IV - estimular e promover a pesquisa criminológica; V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de

corresponde ao entendimento doutrinário majoritário que sustenta ser a execução da sanção penal de natureza complexa ou mista, desenvolvendo-se tanto no plano administrativo quanto no jurisdicional.

### 1.2.3 *Sistemas mistos ou complexos*

Isso significa que, conforme coloca Ada Pellegrini Grinover, tanto o poder Executivo quanto o Judiciário, entrosadamente, participam da atividade de execução penal, devendo o primeiro garantir o cumprimento da pena imposta, enquanto o segundo, através do direito processual de execução, realiza o comando imposto pela sentença condenatória e garante os direitos subjetivos do condenado que dela decorrem<sup>38</sup>.

Guilherme de Souza Nucci, no mesmo sentido, afirma que:

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no país, bem como os hospitais de custódia e tratamento.<sup>39</sup>

A natureza complexa ou mista emprestada à execução vem somente ratificar que o juiz exerce função jurisdicional sempre que chamado a atuar no processo de execução penal, tendo sua justificativa maior, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, contida na cláusula *rebus sic stantibus* implícita na sentença condenatória penal. Dessa forma, a sentença condenatória penal transitada em julgado é passível de revisão sempre que haja modificação nas

---

estabelecimentos penais e casas de albergados; VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento; IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.”; “**Art. 70.** Incumbe ao Conselho Penitenciário: I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; III - apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.”.

<sup>38</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 264.

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.004.

circunstâncias fáticas, “daí derivando a extensa gama de atividades jurisdicionais no processo de execução penal”<sup>40</sup>.

A atividade meramente administrativa, por conseguinte, teria seu foco na “expição da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo”<sup>41</sup>. Esta atividade estranha ao processo de execução liga-se ao direito administrativo, mesmo que suas regras possam encontrar-se nos Códigos Penal e Processual Penal ou na Lei de Execuções Penais, tendo a autoridade administrativa plena autonomia para exercê-la dentro dos limites legais, sem que haja uma intervenção judicial sobre a relação específica e imediata do preso com a administração dos estabelecimentos penais.

Todavia, cabe destacar que, mesmo havendo uma atividade meramente administrativa dentro da execução da pena, todo litígio ou controvérsia entre o preso e a Administração resolve-se perante o Poder Judiciário.

Sobre o tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

Com essa diversificação entre a *Justiça* e a *Administração* é inconciliável o *contencioso administrativo*, porque todos os interesses, quer do particular, quer do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição conclusiva: a do Poder Judiciário. Isso não significa, evidentemente, que se negue à Administração o direito de decidir. Absolutamente, não. O que se lhe nega é a possibilidade de exercer funções materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, e de emprestar às suas decisões força e definitividade próprias dos julgamentos judiciais (*res judicata*).<sup>42</sup>

A LEP, em seus artigos 44 a 60, comprova a existência de um direito penitenciário distinto do processo de execução ao tratar da disciplina, em que o poder disciplinar, garantidor da ordem, da obediência às determinações das autoridades e seus agentes e do trabalho desempenhado pelo preso, é exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado em observância das previsões legais sobre o tema, como forma de garantia dos direitos públicos do condenado.

---

<sup>40</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 266.

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 267.

<sup>42</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 59.

Dessa forma, em referência às conclusões de Ada Pellegrini Grinover, verifica-se que a execução penal possui caráter complexo ou misto, em que o preso figura como sujeito da relação processual existente dentro do processo de execução penal, tendo suas garantias constitucionais asseguradas através do devido processo legal<sup>43</sup>. Todavia, é inegável que a aplicação da pena está ontologicamente ligada ao direito administrativo, tendo seus limites estabelecidos pelo sistema normativo, a fim de impedir restrições e punições dos encarcerados de maneira injusta e arbitrária.

### ***1.3 Objeto da execução penal***

O objeto da execução penal é tornar exequível ou efetiva a sanção cominada em abstrato pela sentença ou decisão criminal, proporcionando ao condenado todas as condições para sua integração social, conforme disposto no art. 1.º da LEP.

O referido artigo contém duas ordens de finalidades, conforme destacado no item 13 da Exposição de Motivos n. 213, da Lei de Execução Penal, de 09 de maio de 1983, o que expõe o caráter finalístico misto adotado tanto pelo Código Penal quanto pela Lei de Execução Penal.

A primeira finalidade regida pelo art. 1.º da LEP, referente à efetivação dos mandamentos dispostos nas sentenças ou decisões criminais, abriga, simultaneamente, um desígnio retributivo e preventivo geral da sanção. Assim, a execução da sentença seria destinada à repressão do crime através de uma adequada e justa retribuição, qual seja, a punição, e ainda à prevenção dos delitos mediante coação psicológica da sociedade, tendo o condenado como exemplo.

Sobre esse objetivo inicial do cumprimento da pena, Nucci esclarece que:

Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, mas também contentado o inconsciente coletivo da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

---

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 268.

Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição).<sup>44</sup>

A segunda finalidade definida pela LEP no precitado artigo é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” através do oferecimento dos meios adequados para sua participação na comunhão social, abrangendo os apenados e os submetidos às medidas de segurança. Esse caráter preventivo especial é o ponto fundamental sobre o qual está amparada toda a execução penal, a qual intenta reeducar o delinqüente para que não incorra em nova prática delituosa e consiga integrar-se na sociedade.

Diante disso, se evidencia a opção legislativa pela teoria mista da finalidade da execução penal, cabendo tecer algumas considerações sobre o caráter ressocializador e os instrumentos legais empregados na Lei de Execução Penal e defendidos em sua Exposição de Motivos, porquanto são matérias cruciais para a análise do presente trabalho.

### *1.3.1 Garantias e direitos do condenado não atingidos pela sentença e assistência*

Prefacialmente, é imperioso observar que o Estado torna efetivo o título executivo penal consolidado na sentença condenatória de acordo com os fins e os meios dispostos na Constituição Federal, na LEP e nas legislações estaduais.

Tal fato demonstra que a execução penal, na busca de seus fins, parte do princípio da legalidade, que incide diretamente sobre a relação jurídica-material estabelecida entre o Estado e o condenado. Assim, submete-se o sentenciado à pena imposta e, em contrapartida, garante-se o exercício de seus direitos previstos na Constituição Federal e legislação infraconstitucional<sup>45</sup>.

Os itens 19 e 20 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal reafirmam a intenção do legislador em não privar os direitos do condenado não atingidos pela sentença condenatória ou pela lei como condição para recuperação deste:

---

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.006.

<sup>45</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.

20. É comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminosos que propicia.

Essa preocupação na preservação dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei está contida no art. 38 do CP e no art. 3.º da LEP, tendo como desiderato o não cumprimento pelo sentenciado de outra pena, qualitativa ou quantitativamente diversa daquela imposta na sentença. No mesmo sentido, prevêm as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU de 1955:

57. A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinqüente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à auto-determinação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

Entre o rol de direitos constitucionais e infraconstitucionais conferidos aos presos e internos, destacam-se<sup>46</sup>:

- a) o direito à vida (art. 5.º, *caput*, da CF);
- b) direito à integridade física e moral (arts 5.º, III, VI, X e XLIII, da CF, e 38 do CP);
- c) o direito à liberdade de consciência e convicção religiosa (arts. 5.º, VI, VII, VIII, da CF, e 24 da LEP);
- d) o direito à instrução (arts. 208, I, e § 1.º, da CF, e 17 a 21 da LEP) e o acesso à cultura (art. 215 da LEP);
- e) o direito e o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5.º, XII, da CF, e 41, XV, da LEP);
- f) o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade (arts. 5.º, XXXIV, *a*, da CF, e 41, XIV, da LEP);
- g) o direito à assistência judiciária (arts. 5.º, LXXIV, da CF, e 15 e 16 da LEP);
- h) o direito à alimentação, vestuário e alojamento, ainda que tenha o condenado o dever de indenizar o Estado na medida de suas possibilidades pelas despesas com ele feitas durante a execução da pena (art. 12, 13, 41, I, e 29, § 1.º, *d*, da LEP);
- i) o direito à saúde, compreendendo o tratamento médico, farmacêutico e odontológico (art. 196 da CF e 14, *caput*, da LEP);
- j) o direito à igualdade de tratamento salvo quanto à individualização da pena (art. 41, XII, da LEP).

<sup>46</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 42.

É necessário fazer a ressalva de que alguns desses direitos estão sujeitos à suspensão ou restrição mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, constituindo uma das formas de sanção disciplinar, nos termos do art. 41, parágrafo único, combinado com o art. 53, inciso III, ambos da LEP.

Mário Coimbra salienta que “há outros direitos não expressamente previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária, mas que decorrem dos próprios princípios albergados pela nossa lei maior, que podem e devem ser exercidos pelo condenado, desde que não incompatíveis com os fins da pena<sup>47</sup>”.

Harmonizando a pretensão de resguardar os direitos e garantias do condenado com a de reinserção social deste, o capítulo II da LEP aborda as formas de assistência ao preso – material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa –, denotando serem indispensáveis para a garantia da subsistência e de seu amparo social, concebendo-as como um dever do Estado, que deve promover e facilitar o retorno à convivência em sociedade.

A Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, em seu item 41<sup>48</sup>, afirma que referidas formas assistenciais obedeceriam aos princípios e às regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, principalmente as regras mínimas da ONU de 1955, a seguir transcritas:

58. O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que prive de liberdade é, em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas a vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.

59. Nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinqüentes<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

<sup>48</sup> Está ele assim redigido: “Tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente aos que defluem das regras mínimas da ONU”.

<sup>49</sup> Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU.

A assistência, portanto, constitui, ao lado dos direitos do preso, importante instrumento para resguardar a dignidade dos apenados e desenvolver o tratamento reeducativo. Todavia, a relação jurídica estabelecida entre o Estado e o condenado, a partir o trânsito em julgado da sentença condenatória, institui direitos e deveres a serem exercidos e cumpridos por ambas as partes. Nesse sentido, afirma Mirabete:

O princípio inspirador das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a consideração de que o interno é *sujeito de direito* e não se acha excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma, e, assim, nas relações jurídicas devem ser impostas ao condenado tão-somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas. Mas, como contraprestação às obrigações e limitações da Administração, devem ser estabelecidos na lei os deveres mínimos elementares que devem ser obedecidos pelos presos e internados<sup>50</sup>.

### 1.3.2 Deveres do condenado e disciplina

Os deveres do condenado, tratados no art. 38 e 39 da LEP, implicam na sua submissão às normas de execução da pena, possuindo a administração os meios coercitivos e disciplinares necessários à defesa da ordem dos estabelecimentos prisionais. De acordo com a justificativa apresentada no item 63 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, “os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária”.

A violação desses deveres pelo condenado, prejudicando o convívio pacífico entre os presos e o desenvolvimento das atividades de ressocialização, poderá acarretar a aplicação de sanções e instauração de procedimentos disciplinares previstos na LEP e nos regulamentos estaduais, como forma de manutenção da ordem e da disciplina.

Douglas Bonaldi Maranhão afirma que “não se pode desvincular a vida em sociedade da convivência fundada na ordem e na disciplina, seja ela implantada, tanto nos pequenos, como nos grandes conglomerados<sup>51</sup>”, acrescentando:

Desta feita, o sistema carcerário, como um local de convívio entre várias pessoas, também estará sob a égide de nortes disciplinares. Esta coletividade está preenchida por membros de uma sociedade que se mostram inaptos ao convívio com os seus pares, por terem agido em desconformidade com as

<sup>50</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 113.

<sup>51</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

normas existentes, atentando contra valores, considerados como bens jurídico-penais relevantes<sup>52</sup>.

Destaca Mirabete, por sua vez, que o processo executório está fundado em um jogo de equilíbrio entre punições e recompensas, mas sempre tendo como pano de fundo a salvaguarda dos direitos fundamentais do preso, bem como submetendo a questão da disciplina a tratamento legislativo científico e humanizado<sup>53</sup>.

Por conta disso, a questão relativa à disciplina é abordada na LEP em seus arts. 44 a 60, os quais definem as formas de colaboração por parte dos presos com a ordem dos estabelecimentos penais, estando sujeitos todos os condenados à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Cabe destacar a ressalva feita por Douglas Bonaldi Maranhão de que a disciplina não seria um agravamento da pena aplicada e sim “exigências impostas aos condenados, buscando um melhor cumprimento da sua reprimenda”, sem implicar na imposição dúplice de uma sanção<sup>54</sup>.

Os arts. 47 e 48 da LEP prevêm a delegação do referido poder disciplinar, na execução das penas privativas de liberdade e da restritiva de direitos, às autoridades administrativas conforme as disposições regulamentares. A administração tem competência, portanto, para estabelecer os regulamentos, impor as sanções e conceder as recompensas, interferindo o juiz da execução em casos de infringência às normas estabelecidas pela lei ou pelo regulamento. Exceção a essa regra é a inclusão do apenado, pelo juiz da execução, no regime disciplinar diferenciado, conforme determina o art. 54 da LEP. A execução da sanção e a concessão de recompensas, por sua vez, caberiam exclusivamente à autoridade administrativa, conforme dispuser a legislação local e os regulamentos<sup>55</sup>, ressalvada a hipótese de algumas penas restritivas de direitos

em que o condenado não fica sujeito a nenhuma autoridade administrativa (proibição de frequentar determinados lugares); e quando a vinculação seja perpetrada com entidade particular (prestação de serviços à comunidade),

<sup>52</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

<sup>53</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 134.

<sup>54</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

<sup>55</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 137.

situações estas em que caberá à autoridade judicial exercício do poder disciplinar<sup>56</sup>.

As infrações disciplinares são classificadas pela legislação em leves, médias e graves, cabendo à legislação estadual especificar as leves e as médias, bem como as respectivas sanções (art. 49 da LEP). À LEP fica a função de enumerar as faltas disciplinares graves, que, além das sanções mais severas estabelecidas no art. 53, incisos III a V, teria outras conseqüências graves (conversão, regressão, perdas de autorização de saída e do tempo remido).

De acordo com o art. 50 da LEP, o condenado à pena privativa de liberdade cometerá falta grave quando:

- 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. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Por sua vez, a LEP, em seu art. 51, tipifica as seguintes condutas que poderão ser imputadas como faltas graves por parte do condenado à pena restritiva de direitos, tendo em vista as peculiaridades deste regime: I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Ainda, o art. 52, primeira parte, da LEP trata a prática de fato definido como crime doloso como uma espécie de falta grave, submetendo tanto os condenados à pena privativa de liberdade quanto os que cumprem penas restritivas de direitos. Saliente-se que referido dispositivo será analisado com maior acuidade nos próximos capítulos.

As condutas que identificam as faltas graves acima expostas são *numerus clausus*, não podendo o legislador estadual ou a administração penitenciária ampliar as possibilidades de

---

<sup>56</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

enquadramento, sob pena de ferir o princípio da legalidade. Sob esta óptica, afirma-se na exposição de motivos da LEP:

84. O Projeto elimina a forma pela qual o sistema disciplinar, quase sempre humilhante e restritivo, é atualmente instituído nos estabelecimentos prisionais. Abole o arbítrio existente em sua aplicação. Introduce disposições precisas, no lugar da regulamentação vaga e quase sempre arbitrária. Dá a definição legal taxativa das faltas. Prevê as regras do processo disciplinar, assegura a defesa e institui o sistema de recursos. Submete, em suma, o problema da disciplina, a tratamento legislativo científico e humanizado.

Caso seja apurada a prática de falta grave durante a execução das penas restritivas de direito, através do respectivo rito procedimental estabelecido no art. 59 da LEP, determina o parágrafo único do art. 48 da LEP que a autoridade administrativa deverá representar ao juiz da execução para a aplicação das medidas cabíveis (arts. 118, I, 125, 127, 181, §§ 1.º, *d*, e 2.º da LEP).

No que tange ao sistema de recompensas previsto nos arts. 55 e 56 da LEP, pretende-se beneficiar o preso que colabora com a disciplina e a ordem do estabelecimento penal mediante a concessão de elogios e de regalias, cabendo à legislação local e aos regulamentos estabelecer a natureza e a forma de concessão desta. Observa Fernando Capez que a recompensa “não constitui mero favor pessoal ao sentenciado, mas verdadeiro ato de justiça individualizador da execução penal<sup>57</sup>”.

Diante do exposto, denota-se que o objeto da execução penal detém duas ordens de finalidades: tornar exequível a sanção imposta pela sentença ou decisão criminal e proporcionar ao condenado as condições para ressocialização. A primeira finalidade abriga em seu cerne um desígnio retributivo e um preventivo geral da pena. O segundo propósito estaria amparado pelo caráter preventivo especial da pena, o qual serve como principal fundamento para a execução penal brasileira.

Da maneira como o objeto da execução penal está disposto dentro do nosso ordenamento jurídico, se evidencia a opção legislativa pela adoção da teoria mista da finalidade da sanção penal.

Desta feita, o Estado, norteado pelo princípio da legalidade, torna efetiva a sentença condenatória, estabelecendo uma relação jurídica-material com o condenado. Essa relação

---

<sup>57</sup> CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007, p. 47.

gera direitos e deveres que devem ser observados por ambas as partes, obrigando o sentenciado a submeter-se à pena imposta, mas, ao mesmo tempo, garantindo-lhe o exercício de seus direitos não restringidos pela sentença e previstos na Constituição Federal e legislação ordinária.

Esses direitos e deveres que orientam a execução para o cumprimento do fim proposto pela sanção são instrumentalizados pelos dispositivos da LEP e da legislação estadual que dedicam capítulos específicos para esses pontos, além de abordar temas como a assistência e a disciplina, sendo este último necessário para garantir a ordem dentro dos estabelecimentos penais.

Por conta disso, a execução penal possui um sistema de sanções e recompensas cujo controle caberia à administração através da elaboração de regulamentos, imposição de sanções e concessão de recompensas. Todavia, em determinadas hipóteses, referido poder disciplinar depende da atuação do juiz da execução, como é o caso da inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Por fim, tendo em vista essa separação de competências entre poder Executivo e Judiciário, reforça-se o entendimento anteriormente exposto de que a natureza jurídica da execução penal é complexa, sendo desenvolvidas atividades jurisdicionais e meramente administrativas, conforme se verifica na própria LEP.

## 2 OS PRINCÍPIOS INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL E SUA FORMA DE APLICAÇÃO

### 2.1 *Os princípios incidentes na execução penal*

Tendo em vista a natureza jurídica mista ou complexa da execução penal, decorrente da reunião de elementos do direito penal, processual penal e direito administrativo, conforme analisado no capítulo anterior, infere-se que a execução penal possui princípios que lhe são peculiares, principalmente por suas regras e fins específicos, o que dá à execução das penas “uma autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal<sup>58</sup>”, conforme destacado pelo legislador na exposição de motivos.

Todavia, não se pode olvidar de que a aplicação subsidiária de princípios próprios do direito processual penal é uma consequência natural, decorrente da própria natureza jurídica complexa desse direito de execução das penas<sup>59</sup>, conforme será demonstrado.

Dentre os princípios que orientam a execução penal, cabe destacar os seguintes: legalidade, individualização e humanização da pena, assim como os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa.

#### 2.1.1 *Princípio da legalidade*

O princípio da legalidade é responsável por nortear a execução penal em todos os seus momentos, estando expressamente previsto no artigo 2.º da LEP e nos preceitos constitucionais contidos no art. 5.º, incisos XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L, da Constituição Federal que tornam efetiva essa garantia ao condenado<sup>60</sup>. Assim dispõe o art. 2.º da LEP:

**Art. 2.º** 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.

---

<sup>58</sup> Item 12 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal.

<sup>59</sup> Nesse sentido, dispõe o item 16 da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal: “A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas expostos pela execução”.

<sup>60</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

Mirabete ensina que esse princípio seria “um desdobramento lógico do princípio *nulla poena sine lege*”, em que de um lado é aplicado “ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, e de outro não se admite seja submetido a restrições não contidas na lei”<sup>61</sup>. Configura, assim, uma garantia da manutenção da dignidade do apenado, através da não restrição daqueles direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3.º da LEP).

Ainda, no mesmo sentido, destaca Ana Lúcia Menezes Vieira:

Se a pena foi aplicada nos contornos legais, sua execução também o será, isto é, o detento não poderá ser apenado além do disposto título executivo penal, o que resultaria em arbítrio e configurar-se-ia excesso de execução. Logo, o preso não pode ser submetido às imposições arbitrárias da administração penitenciária, com quem mantém relações jurídicas das quais emergem deveres e direitos previamente fixados por leis e normas. Nem tampouco o juiz, ao intervir em eventuais conflitos advindos das relações preso-administração, pode conduzir o incidente que dali derive, ou decidir, sem que se sujeite ao comando da lei. O princípio da legalidade, também na execução penal, é norma basilar do Estado Democrático de Direito, que limita a atuação dos poderes Judiciário e Executivo.<sup>62</sup>

Portanto, o cânone da legalidade na LEP torna inequívoco quais são os deveres (arts. 38 e 39) e os direitos do condenado (arts. 40 a 43), quais atos constituem falta grave, delegando à lei local a definição das leves e médias (arts. 49 a 52), quais são as sanções e as recompensas, bem como a forma de aplicação das sanções e o procedimento disciplinar a ser instaurado (arts. 53 a 60), a fim de que seja executado corretamente o título judicial que é a sentença penal condenatória<sup>63</sup>.

### 2.1.2 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da reprimenda significa, em linhas gerais, que a cada preso deve corresponder a sanção adequada para reprovação e prevenção do crime, conforme os critérios preestabelecidos em lei. Ainda, no decorrer da execução, o sentenciado deverá receber do Estado a devida atenção, “não só no que tange às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a expiação seja atenuada, à medida que se constate uma prognose

<sup>61</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 30.

<sup>62</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 18-19.

<sup>63</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 30.

positiva de reeducação penal”<sup>64</sup>, o que significa dizer que a sanção deve ser analisada também sob o aspecto da evolução do cumprimento da pena pelo condenado.

Mário Coimbra assinala que a individualização da pena possui três fases distintas: a cominação, individualização judiciária e execução da reprimenda<sup>65</sup>.

Na primeira, ao criar as leis, o legislador prevê “uma ou mais reprimendas de acordo com a importância do bem jurídico protegido e a gravidade da conduta”<sup>66</sup>, estabelecendo uma margem de variação entre os seus limites, a fim de viabilizar a individualização da pena em seu segundo momento.

Na segunda fase, deverá o juiz fixar qual a pena adequada ao caso concreto, a quantidade de pena aplicável, o regime inicial das penas privativas de liberdade e sua substituição por outra espécie de pena, quando cabível, com base em critérios orientativos estabelecidos na lei, principalmente aqueles definidos no art. 59 do CP. Mário Coimbra acrescenta que o juiz “atua com discricionariedade, já que a resposta penal deve ser ajustada principalmente levando-se em consideração a pessoa do condenado”<sup>67</sup>.

A última fase refere-se à individualização executória da sanção penal fixada na sentença condenatória transitada em julgado, sendo também denominada de “momento executório ou administrativo da pena”<sup>68</sup>.

Referido princípio encontra-se inserido no rol de direitos fundamentais do art. 5.º da CF, especificamente nos incisos XLVI e XLVIII<sup>69</sup>. É relevante observar que o tratamento desigual dado aos presos, na medida de suas desigualdades, é previsto também quanto ao sexo e ao estado da pessoa, conforme determina o inciso L do art. 5.º da CF:

<sup>64</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>65</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>66</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>67</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>68</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

<sup>69</sup> Assim dispõe os referidos incisos: “XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” e “XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

L – às presidiárias serão asseguradas condições, para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação.<sup>70</sup>

A LEP também possui normas que cristalizam o princípio da individualização da pena, conforme se verifica nos arts. 82, § 1.º, e 83, § 2.º, os quais estabelecem o recolhimento de mulheres e maiores de sessenta anos em estabelecimentos próprios e adequados à sua condição pessoal.

Assim, é nesse último momento da individualização, referente à execução, que a pena começa a atuar diretamente sobre o apenado, passando o tratamento penitenciário pelo:

direcionamento de terapêuticas penais de forma individualizada para cada condenado ou para um pequeno grupo de sentenciados, para que se possa alcançar o objetivo maior da execução criminal que consiste não só em efetivar os aspectos retributivos e aflitivos da pena, como também, focando de forma prevalente, a harmônica reintegração social do condenado, pelo que se depreende do espírito normativo do artigo 1.<sup>o71</sup>.

### 2.1.3 Princípio da humanização da pena

O princípio da humanização da pena, denominado por Zaffaroni de “princípio da humanidade”<sup>72</sup>, encontra-se previsto no art. 5.º, inciso LLXVII, da CF, que estabelece:

LLXVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Esse princípio, decorrente do movimento iluminista, consiste em focar o apenado como pessoa de direitos e deveres, “que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade”<sup>73</sup>, e sem excessos na aplicação de sanções administrativas, possibilitando o resgate do condenado como pessoa humana.

<sup>70</sup> Sídio Rosa de Mesquita Júnior lembra que preceito semelhante já existia no Código Penal: “Art. 37. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo”. (MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31)

<sup>71</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 156.

<sup>73</sup> MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34

O princípio da humanização, portanto, deve orientar toda a atuação estatal dirigida ao condenado, não só na elaboração da lei, como também no âmbito de cumprimento da reprimenda, merecendo destaque o art. 5.º, XLIX, da CF que dispõe ser “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

#### 2.1.4 *Garantias constitucionais processuais penais incidentes na execução*

No que tange os princípios processuais penais aplicáveis à execução da pena, a LEP afirma em seu art. 2.º que “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”.

A Exposição de Motivos da referida lei elucida no item 16 que a aplicação de princípios e regras da lei processual penal “constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução”.

Cabe analisar, desta feita, as garantias constitucionais processuais que incidem durante a execução da pena imposta ao condenado, sendo as principais: o contraditório e a ampla defesa.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão tratados no art. 5.º, inciso LV, da CF, o qual determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório pressupõe a efetiva participação das partes envolvidas na relação jurídica processual formada entre Estado e condenado, sendo imprescindível a participação do procurador do condenado e do Ministério Público que, através da informação dos atos administrativos e decisões judiciais, tomarão as medidas adequadas para contrariá-los, pedir ou recorrer<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 21.

Esse conhecimento dos atos desenvolvidos durante a execução da pena garante o direito constitucional das partes serem ouvidas regularmente e possibilita a real oportunidade de defesa do sentenciado e de fiscalização da lei<sup>75</sup>.

As sanções administrativas, por exemplo, poderão ser aplicadas pela autoridade competente, contanto que seja instaurado o devido processo administrativo. Neste procedimento, se faz necessária a garantia do contraditório, permitindo ao apenado a produção de provas para sua defesa, conforme assegura o art. 59 da LEP<sup>76</sup>.

No que tange a ampla defesa, esta compreende o direito à defesa técnica, que deverá ser efetuada por profissional habilitado, e o direito à autodefesa, que é “o direito do acusado de presenciar a realização das provas produzidas contra si, o de oferecer as que tiver e o de ser ouvido antes de qualquer decisão que altere a forma de execução da pena<sup>77</sup>”.

Acrescenta Fernando Capez que:

Além disso, quanto ao outro aspecto da ampla defesa, o condenado tem o direito constitucional de ser ouvido e produzir prova, antes de qualquer decisão do Juízo que lhe conceda ou restrinja algum direito, durante a execução da pena. O Juiz, portanto, quando chamado a julgar na execução, exerce função jurisdicional e deve fazê-lo pelo devido processo legal que assegura às partes, Ministério Público e condenado, o direito à prévia audiência, à produção de provas e à ampla defesa<sup>78</sup>.

Assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa, em princípio, serão efetivados com a assistência de um advogado que possa orientar e postular a efetiva defesa dos interesses do condenado no procedimento administrativo<sup>79</sup>. A defesa técnica, aliás, se faz necessária em todos os momentos em que se vislumbra a possibilidade de alteração do título executório que é a sentença condenatória, tais como a mudança de regime prisional, o livramento condicional, a remição de penas, comutação e indultos, entre outros<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 21.

<sup>76</sup> Dispõe o art. 59: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para as apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”.

<sup>77</sup> CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007, p. 21.

<sup>78</sup> CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007, p. 21.

<sup>79</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>80</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. Justitia, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008, p. 21.

Todavia, é oportuno registrar, conforme observado por Mário Coimbra<sup>81</sup>, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão da ausência de advogado no processo administrativo disciplinar, editou a Súmula Vinculante n. 5, que assim dispõe: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Referida súmula é balizada por precedentes que concluem ser necessária tão-somente a garantia do direito à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados durante o processo administrativo disciplinar, de forma que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importaria na nulidade do processo administrativo disciplinar<sup>82</sup>.

Constata-se, enfim, que as normas contidas na LEP estão amparadas por princípios constitucionais que orientam a atuação estatal durante a execução da pena, em especial os direitos que contemplam a dignidade do preso e a humanização da pena.

## **2.2 Aspectos doutrinários sobre a conceituação e aplicação de regras e princípios**

Neste momento, busca-se estabelecer as definições de princípios e regras e as suas formas de interpretação e aplicação, através da análise de algumas teorias formuladas sobre o tema, principalmente as de Dworkin e Alexy, bem como as críticas que referidos teóricos receberam, a fim de estabelecer critérios para o emprego de princípios e regras no âmbito da execução penal.

Interpretar normas jurídicas significa reconstruí-las, consoante os ensinamentos de Humberto Ávila, uma vez que utiliza-se textos normativos que oferecem limites à construção de sentidos e da linguagem que possui núcleos de sentidos constituídos pelo uso, e preexistem

---

<sup>81</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 434.059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 07/05/2008.

ao processo individual<sup>83</sup>. Assim, a construção da interpretação da norma possui limites decorrentes do próprio texto normativo e do direito concretizado.

O autor supracitado acrescenta, ainda, que:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional<sup>84</sup>.

A interpretação de princípios constitucionais, portanto, deve ser feita conforme os fins e os valores contidos no próprio ordenamento jurídico, e não construída livremente de acordo com a crença do intérprete de quais deveriam ser esses fins, caso contrário, a atividade desenvolvida pelos operadores do direito deixaria de ser jurídica, passando a ser mera expressão dos ideais e valores morais do intérprete.

Antes de adentrar na discussão referente à interpretação e aplicação de princípios, deve-se examinar algumas concepções acerca da distinção entre essas duas espécies normativas: as regras e os princípios.

### 2.2.1 *Definição das espécies normativas e seus critérios distintivos*

No que tange a definição de regras e princípios, Ronald Dworkin deu contribuição decisiva para a matéria. Referido jurista apresenta um modelo baseado na defesa de uma teoria liberal do direito<sup>85</sup> e na crítica ao positivismo, principalmente no que se refere ao “poder discricionário” do juiz capaz de criar novos dispositivos legais<sup>86</sup>.

Em sua crítica ao positivismo, Dworkin afirmou que as regras seriam aplicadas ao modo do “tudo ou nada”, no sentido de que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 33.

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 34.

<sup>85</sup> Para Dworkin um dos aspectos dessa teoria estaria fundado na idéia liberalismo igualitário, o qual consiste na concepção de que todos têm direito a igual consideração e respeito, devendo o Estado distribuir bens ou oportunidades de maneira equânime, a fim de possibilitar que os indivíduos decidam como as suas vidas devem ser vividas de acordo com sua concepção de vida boa. Há, portanto, para esse autor uma prevalência dos direitos individuais sobre os da maioria. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 419-422.)

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>87</sup>”. No caso de colisão entre regras, “uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior<sup>88</sup>”, o que significa que uma delas deverá ser considerada inválida.

Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção<sup>89</sup>”, devendo essa razão ser conjugada com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Diante disso, os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso e importância, demonstrável na hipótese de conflito entre eles, caso em que “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um<sup>90</sup>”, sem que o princípio com menor peso relativo para aquele caso específico perca sua validade. O princípio, portanto, terá validade em virtude do seu conteúdo, o que significa dizer que a força relativa de cada princípio está vinculada ao bem tutelado no caso concreto.

Para Dworkin, conforme esclarece Humberto Ávila, a distinção entre regras e princípios “não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy<sup>91</sup>”.

Já Alexy, partindo da conceituação de princípios estabelecida por Dworkin, assevera que regras e princípios são espécies de normas, porquanto ambos são fundamentos para juízos concretos de dever-ser, ainda que apresentem fundamentos muito diferentes entre si<sup>92</sup>.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios jurídicos são mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, segundo as possibilidades normativas e fáticas existentes. Essas possibilidades são ordenadas não somente por regras, mas também por princípios opostos<sup>93</sup>. Alexy demonstra que a colisão de princípios deve ser solucionada da seguinte maneira: quando segundo um princípio algo

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>91</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 36.

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 83.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.

está proibido e, segundo outro princípio, está permitido, deve-se estabelecer, através da ponderação dos princípios colidentes, qual princípio, em determinadas circunstâncias concretas, possui maior peso<sup>94</sup>.

Sobre a teoria dos princípios de Alexy, Humberto Ávila destaca que:

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: ‘Se no caso concreto um outro princípio não obtiver um maior peso’. É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo *tudo ou nada* (*Alles-oder-Nichts*).<sup>95</sup>

As regras, de acordo com Alexy, são mandados definitivos, onde algo deve ser realizado. A sua aplicação assemelha-se ao modo disjuntivo apresentado por Dworkin (*tudo ou nada*), diferenciando-se somente no tange a possibilidade de ser aplicada uma cláusula de exceção ao caso concreto. Dessa forma, na hipótese de conflito de regras com consequências contraditórias para o caso concreto, e essa contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras deve ser declarada inválida<sup>96</sup>.

Humberto Ávila resume a distinção entre princípios e regras apresentada por Alexy da seguinte forma:

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 89.

<sup>95</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 37.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 88.

<sup>97</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 38.

Uma vez delineadas as teorias de Dworkin e Alexy, cabe agora apresentar a crítica feita a elas, bem como, posteriormente, tratar de um dos movimentos jurídicos brasileiros mais controversos sobre a aplicação de normas constitucionais, denominado de “neoconstitucionalismo”, fundado, principalmente, na teoria desenvolvida por Dworkin sobre interpretação e aplicação dos princípios jurídicos.

Humberto Ávila assinala que a evolução doutrinária sobre a distinção entre princípios e regras emprega os seguintes critérios: o primeiro é o caráter hipotético-condicional; em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação; e em terceiro lugar, o critério do conflito normativo<sup>98</sup>.

O primeiro critério, o caráter hipotético-condicional, serviria para demonstrar que as regras possuem uma hipótese de incidência e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “se, então”. Os princípios, por sua vez, indicam “qual o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra para o caso concreto<sup>99</sup>”. A crítica formulada por Humberto Ávila consiste na negação de que os princípios não possuem consequências normativas e nem hipóteses de incidência. Para ele as consequências normativas dos princípios estariam contidas nos deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado no caso concreto e de adotar os comportamentos necessários à realização desse fim<sup>100</sup>.

O segundo critério, do modo final de aplicação, se fundamenta na aplicação de modo absoluto das regras (“tudo ou nada”), não podendo haver ponderação destes, enquanto os princípios são aplicados gradualmente (“mais ou menos”), instituindo obrigações *prima facie* que podem ser superadas por outros princípios colidentes. A crítica formulada consiste na afirmação de que tanto os princípios quanto as regras podem envolver a consideração de razões substanciais, as quais foram abstratamente desconsideradas na hipótese normativa, a serem analisadas pelo aplicador. Há também regras que não contêm um âmbito de aplicação restrito devido às expressões empregadas pelo legislador no texto normativo, o que permite ao

---

<sup>98</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 39.

<sup>99</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 40.

<sup>100</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 43.

intérprete decidir ou não pela aplicação da norma no caso concreto<sup>101</sup>. O critério de diferenciação constatável seria o grau de abstração da norma antes de ser interpretada, sendo que:

no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.<sup>102</sup>

O terceiro critério, do “conflito normativo”, é baseado na idéia de que as regras quando opostas concretizam um conflito, o qual será solucionado com a declaração de invalidade de uma delas; enquanto os princípios se sobrepõem, devendo ser ponderado qual princípio possui mais peso para determinado caso concreto<sup>103</sup>. Entretanto, Humberto Ávila assinala que tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser, distinguindo-se somente quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação:

os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.<sup>104</sup>

Estabelecidas as críticas à definição dada por Dworkin e Alexy, cabe agora apresentar o conceito de regras e princípios proposto por Humberto Ávila.

Regras, na visão desse autor, seriam normas que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada para atingir determinado fim. A sua aplicação depende de uma avaliação de correspondência da descrição dos fatos à descrição da conduta normativa e à finalidade que lhe dá suporte. Quanto à medida de sua contribuição na tomada de uma decisão, pode-se afirmar que é preliminarmente decisiva e abarcante, ou seja, tem a pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, gerando

<sup>101</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 47.

<sup>102</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 48.

<sup>103</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 51.

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 63.

uma solução específica para o conflito entre razões, bem como demanda um ônus argumentativo maior para ser superada<sup>105</sup>.

Os princípios estabelecem um fim relevante cuja realização depende da adoção de condutas adequadas. A sua aplicação exige uma avaliação da correlação entre o fim proposto e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. Ainda, essa espécie normativa seria primariamente complementar e preliminarmente parcial, porquanto “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”<sup>106</sup>.

### 2.2.2 *Aplicação das espécies normativas e o “neoconstitucionalismo” brasileiro*

Conexo a essa questão das espécies normativas está o conflito entre princípios e regras, o qual será analisado com enfoque no movimento que se convencionou denominar “neoconstitucionalismo”. Referido movimento gera grandes controvérsias sobre a teorização e aplicação do Direito Constitucional, bem como exerce influência direta sobre o tema central deste trabalho.

O “neoconstitucionalismo” brasileiro, que teve início com a promulgação da Constituição de 1988, apoia-se na doutrina que estabelece uma distinção forte entre as espécies normativas<sup>107</sup>, principalmente em Dworkin, podendo ser destacados os seguintes fundamentos desse movimento: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional<sup>108</sup>.

O fundamento normativo enuncia que a Constituição Brasileira de 1988 é uma “Constituição principiológica”, de maneira que há uma primazia dos princípios sobre as regras.

<sup>105</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 78.

<sup>106</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 76.

<sup>107</sup> Principalmente Alexy e Dworkin, os quais estabelecem ser a distinção entre essas espécies normativas fundamentada, conforme anteriormente analisado, no fato de que princípios são aplicados através da ponderação e em diferentes graus; enquanto as regras estabelecem em sua hipótese aquilo que é obrigatório, exigindo uma aplicação mediante subsunção.

<sup>108</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 3. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

As conseqüências desse fundamento na solução de conflitos entre princípios e regras são demonstradas por Humberto Ávila, no trecho a seguir transcrito:

no caso de regras constitucionais, os princípios constitucionais atuam, quer afastando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quer modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, mesmo além do significado mínimo das palavras; no caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais agiriam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes.<sup>109</sup>

Todavia, conforme demonstrado anteriormente na conceituação das espécies normativas dada por Humberto Ávila, princípios e regras possuem funções distintas e complementares, o que demonstra não haver uma prevalência preestabelecida de uma norma sobre outra no momento em que forem aplicadas.

Destaque-se, ainda, que as regras buscam a resolução de um conflito conhecido ou antecipável pelo legislador, a fim de dirimir “os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”<sup>110</sup>, o que impede o seu afastamento ou modificação em eventual colisão com um princípio que esteja no mesmo grau hierárquico normativo.

Na relação entre princípios constitucionais e regras infraconstitucionais, se pode afirmar que os princípios exercem a sua função de interpretar, bloquear e integrar estas. Entretanto, somente quando a regra infraconstitucional for inconstitucional ou quando não for adequada para um caso concreto extraordinário é que poderá ser afastada. Nesse sentido, afirma Humberto Ávila:

Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativa prescrita.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 5. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>110</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 5. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>111</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17,

Em segundo lugar, o fundamento metodológico pode ser sintetizado na idéia de que, mesmo havendo uma regra infraconstitucional regulando o caso, o intérprete poderia “saltar” para o plano constitucional sempre que constatasse a incidência de um princípio no caso concreto. E, estando no plano constitucional, deveria ser feita a ponderação de princípios que serviria de fundamento para a decisão. Como consequência, os princípios sempre seriam empregados, dada a sua abrangência, como fundamento de uma decisão, assumindo as outras manifestações normativas um papel secundário.

A aplicação da ponderação como método universal para a resolução de casos concretos conduz à “constitucionalização da ordem jurídica”; à desconsideração das regras, as quais exerceriam a função de meros conselhos; e à desvalorização do exercício do princípio democrático por meio da função legislativa e ao subjetivismo<sup>112</sup>.

Isso não significa que a ponderação deve ser afastada como método de aplicação das normas jurídicas, mas que ela deve ser feita mediante a apresentação de critérios intersubjetivamente controláveis.

Quanto ao fundamento axiológico, terceiro ponto para análise da teoria constitucionalista, este reside no pressuposto de que a justiça particular, alicerçada em normas posteriormente elaboradas, individuais e concretas, teria preponderância sobre a justiça geral, baseada em normas prévias, gerais e abstratas.

Com isso surge o seguinte problema apresentado por Humberto Ávila:

Se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumento o grau de arbitrariedade. O aplicador real, não o ideal, também demanda a existência de regras.<sup>113</sup>

---

janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 6. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 8. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>113</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 15. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

Portanto, as regras servem como instrumento de justiça geral, estabilizando os conflitos morais e reduzindo a arbitrariedade existente dentro de uma sociedade complexa e plural.

Por fim, o fundamento organizacional está diretamente ligado ao argumento metodológico e axiológico, porquanto se “a atividade de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais e abstratos, a participação do Poder Judiciário, relativamente aos Poderes Legislativo e Executivo, ficaria maior”<sup>114</sup>.

Assim, o Poder Judiciário, através de uma justiça individual, daria prevalência aos princípios constitucionais em detrimento da lei, estabelecendo quais os valores devem prevalecer para solucionar o caso concreto. Contudo, cabe ao Poder Legislativo pôr fim ao infundável conflito de valores presente em uma sociedade plural, dando uma solução para questões que envolvem diferentes interesses<sup>115</sup>.

Diante do anteriormente exposto, conclui-se que a interpretação dada às teorias de Dworkin e Alexy pelo movimento brasileiro que se convencionou denominar “neoconstitucionalismo”, no que tange a definição das espécies normativas e suas formas de aplicação, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 é constituída por princípios e regras que possuem funções e modos de aplicações distintos e, ao mesmo tempo, complementares, sendo incorreto afirmar haver uma prevalência de um sobre o outro.

Uma vez estabelecidas essas considerações preliminares sobre o assunto, é oportuno examinar a aplicação das normas do ordenamento jurídico brasileiro ao caso da prática de fato definido como crime doloso durante a execução da pena, bem como delinear os fundamentos apresentados pelas duas correntes jurídicas que compõe a controvérsia.

---

<sup>114</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 16. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>115</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 17. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

### **3 A FALTA GRAVE EM EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO**

Conforme analisado nos capítulos anteriores, tanto o Código Penal quanto a Lei de Execução Penal estão fundados na idéia de reprovar e prevenir os crimes, optando o legislador pela adoção da concepção mista da finalidade da pena, no sentido de abarcar tanto critérios retribucionistas quanto utilitaristas na fundamentação da sanção penal.

A adoção da concepção mista, como se viu, está consagrada no art. 1.º da LEP, sendo o caráter preventivo especial – ressocialização do preso – ponto importante sob o qual está amparada grande parte da execução penal. Esse grande objetivo da execução é propiciado pelo Estado, o qual estabelece com o condenado uma relação jurídico-material, incumbindo a ambos uma série de direitos e deveres. Assim, conforme destacado por Douglas Bonaldi Maranhão:

Sempre que o Estado outorgar direito ao condenado, emergirá um dever seu para com este, na mesma monta, sempre que seja firmado um dever a ser respeitado pelo apenado, representará direito do Estado exigir o seu cumprimento.<sup>116</sup>

No que concerne aos deveres do sentenciado, este está obrigado a submeter-se às normas de execução, possuindo o Estado o direito de exigir seu cumprimento, bem como empregar os meios coercitivos e disciplinares necessários à defesa da ordem dos estabelecimentos prisionais.

A violação desses deveres acarreta a instauração de procedimentos disciplinares para apuração das faltas cometidas e a conseqüente aplicação das sanções previstas em lei, a fim de manter o convívio pacífico entre os presos e desenvolver adequadamente as atividades ressocializadoras.

Diante disso, a LEP dedica a sua Seção III do Capítulo IV do Título II para o tratamento das questões relativas à disciplina, sendo pertinente abordar nesse momento a norma contida no art. 52, primeira parte, do referido diploma legal, a qual descreve como

---

<sup>116</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

sendo uma das espécies de falta grave a prática de fato definido como crime doloso durante o cumprimento da pena.

A regra contida no art. 52, primeira parte, da LEP determina que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado (...).

O reconhecimento da prática de novo crime doloso durante a execução da pena como uma das espécies de falta grave, sem que esse delito tenha sido objeto de decisão judicial transitada em julgado, é matéria controvertida, provocando diversos debates na doutrina e na jurisprudência.

Os argumentos empregados nesse debate podem ser divididos entre duas correntes teóricas: a primeira que parte da ponderação de princípios constitucionais para a resolução de casos contidos na lei; e a segunda que toma as condutas estabelecidas pela lei e as coteja com os fins previstos nas normas constitucionais.

### ***3.1 Fundamentos baseados na aplicação das garantias constitucionais***

A corrente utiliza a ponderação de princípios constitucionais para resolução de casos contidos na LEP afirma que a caracterização da prática de fato definido como crime doloso como falta grave, que reflete na possibilidade de regredir o apenado de regime (art. 118, inciso I, da LEP) ou suspender o livramento condicional do qual era beneficiário (art. 145 da LEP), configuraria uma violação ao art. 5.º, inciso LVII, da CF<sup>117</sup>, o qual estabelece como preceito fundamental a garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essa corrente, para fundamentar referido entendimento, parte do pressuposto de que uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, em que “os direitos

---

<sup>117</sup> Assim dispõe o inciso LVII do art. 5.º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

individuais atuam como forma de limitação do poder estatal, com o fim de evitar interferências indevidas no âmbito da proteção do direito fundamental”<sup>118</sup>.

Diante disso, deve a LEP ser interpretada conforme a Constituição, não podendo a execução penal restringir direitos individuais além dos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais.

Nesta perspectiva de ampliação do alcance dos direitos individuais do preso, sustentam, por exemplo, que a imposição da finalidade ressocializadora da execução penal seria inconstitucional, pois violaria o direito à liberdade interna do preso ao estabelecer que ele deve ser um cidadão bom, disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato e, por fim, higiênico, quando na realidade isso configuraria um direito seu de, “se assim desejar, buscar o melhor caminho para que a sua personalidade adeque-se a estes valores que, só por estigmatização, os presos não possuem”<sup>119</sup>.

Andrei Zenkner Schmidt acrescenta que:

Nesse sentido, somente podem ser determinados *deveres* aos presos em situações em que uma conduta exteriorizada lese, ou detenha a potencialidade concreta de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer. Não é possível sustentar-se, constitucionalmente, a legitimidade estatal de punir alguém disciplinarmente pelo fato de sua personalidade não se enquadrar a princípios ético-sociais.

No tocante ao reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso, essa corrente entende que há um pré-julgamento do réu, uma vez que se estendem os efeitos da sentença condenatória com trânsito em julgado à simples prática delituosa sem a devida instrução processual. Com isso, se estaria violando, além do princípio da presunção de inocência, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, entendeu a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, que:

<sup>118</sup> SCHROEDER, Simone. *Regressão de regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica*. In: *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 476.

<sup>119</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 216.

A primeira hipótese de regressão de regime (prática de fato definido como crime doloso) seria aplicável somente antes da sentença condenatória, porque depois de imposta a pena o que se impõe é a soma ou unificação (art. 111, parágrafo único, da LEP). A interpretação literal do mencionado dispositivo, ainda que combinado com o art. 52, também, da LEP (antiga ou atual redação - Lei 10.792, de 1º/12/2.003) viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Não é possível conceber a regressão mediante mera imputação da prática de fato delituoso, que nem sempre constituirá falta grave. Entendimento em contrário tornaria inútil a prévia ouvida do condenado, exigida no § 2º do art. 118 da LEP. Bastaria para a regressão, simples comunicação ao juiz da execução de que o apenado foi denunciado ou mesmo indiciado.<sup>120</sup>

Simone Schroeder aponta que:

O legislador, no art. 118 da Lei nº 7.210/84, referendou que o condenado ter ‘praticado’ fato definido como crime doloso ensejaria a regressão para regime prisional pior. Sustenta-se a infringência dos princípios constitucionais, pois implicaria num pré-julgamento do réu, ao equiparar a sentença condenatória com o trânsito em julgado aos mesmos efeitos de uma prática delituosa, sem a devida instrução processual. Perquire-se da violação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, inclusive o princípio da presunção de inocência e da própria proporcionalidade.<sup>121</sup>

O principal argumento, portanto, para afastar a aplicação literal do art. 52, primeira parte, e do art. 118, inciso I, ambos da LEP, funda-se no entendimento de que essas regras são inconstitucionais, porquanto vão de encontro com o princípio da presunção de inocência, bem como com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, devendo ser feita uma interpretação dessas normas conforme a constituição.

A interpretação dada pela corrente em análise consiste em afirmar que o termo “prática de fato definido como crime doloso” demanda uma sentença condenatória transitada em julgado, adequando-se os artigos anteriormente mencionados aos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal brasileira.

A respeito do tema, são colacionados os seguintes precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Primeiro, porque quando o Art. 52 da LEP refere a “*prática de fato previsto como crime doloso*” desafia que, para conceituar o *fato* como *crime* só é

<sup>120</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Criminal, Agravo em Execução n. 70025079013, Relator Marco Antônio Bandeira Scapini, 21/08/2008.

<sup>121</sup> SCHROEDER, Simone. *Regressão de regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica*. In: Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 491.

possível com a condenação por sentença penal transitada em julgado. Longe está, pois, de negar-se à vigência da norma.

A norma existe e não foi negada sua existência. Apenas foi cotejada à luz de princípios constitucionais para afirmar que sua aplicação depende do respeito a este. Como aceitar que, absolvido do fato que se lhe é imputado como crime doloso, tenha cumprido a pena em regime mais gravoso exatamente pela simples imputação?

Por óbvio que, por isso mesmo, jamais foi negado a aplicação do Art. 118, I, da LEP.

Segundo, como antes, a imposição constitucional determina a cautela do trânsito em julgado da eventual sentença penal condenatória para promover-se a regressão do regime carcerário do apenado.<sup>122</sup>

Na execução da pena há, evidentemente, algumas restrições a direitos fundamentais, tais como a perda da liberdade, ao voto, entre outros; contudo, o apenado não perde os direitos constitucionais de natureza processual, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), mesmo já tendo sido condenado.<sup>123</sup>

Há ainda um precedente do Supremo Tribunal Federal em que o Min. Marco Aurélio, no julgamento do *habeas corpus* n. 93.782-9 em que restou vencido, entende ser necessária a interpretação do art. 118, inciso I, da LEP conforme a Constituição, aplicando o princípio da não culpabilidade, conforme se verifica no trecho a seguir transcrito:

Quando o artigo 118 da Lei de Execuções Penais faz referência, para a regressão ao regime mais gravoso, à prática de fato definido como crime doloso ou falta grave – e se está no campo do crime doloso –, evidentemente remete à Constituição Federal. Em última análise, interpreto o citado inciso I do art. 118 à luz do Diploma Maior, e não o preceito que encerra a garantia constitucional à luz da Lei de Execuções.

Reside nas afirmações anteriormente expostas o entendimento de que a execução penal teria natureza estritamente jurisdicional. Esse sistema jurisdicional admite somente a existência de um processo de execução o qual instrumentaliza a aplicação da sentença penal condenatória e concretiza os direitos e garantias fundamentais do preso.

Os sujeitos participantes dessa relação processual na fase de execução seriam o juiz, o condenado e o ministério público, cabendo ao juiz cumprir a vontade da lei contida na sentença condenatória e proteger os direitos fundamentais do preso postos em risco durante o cumprimento da pena.

<sup>122</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal, Embargos de Declaração n. 70037032836, Relator Aramis Nassif, 25/08/2010.

<sup>123</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Criminal, Agravo em Execução n. 70035578079, Relator Mario Rocha Lopes Filho, 10/06/2010.

A atividade administrativa dentro dos presídios, por sua vez, seria restringida pela interferência direta do Poder Judiciário, negando-se a existência de um direito penitenciário de caráter administrativo que ficaria a cargo das autoridades penitenciárias.

Essa jurisdicionalização da execução penal e limitação da atividade administrativa são constatadas na interpretação dada pela corrente em análise aos artigos 52 e 118, inciso I, da LEP, porquanto, sob a alegação de violação do princípio constitucional da presunção de inocência se afasta a competência administrativa de exercer o poder disciplinar estabelecido pela lei infraconstitucional.

Entretanto, segundo os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, a natureza jurídica da execução penal é complexa, de maneira que há participação entrosada tanto do Poder Executivo quanto do Judiciário, que desenvolvem papéis específicos no cumprimento dos fins propostos pela execução<sup>124</sup>. A própria seção III do capítulo IV da LEP, que trata da disciplina dentro dos estabelecimentos penais, comprova a existência de uma atividade meramente administrativa, a qual, para manter um convívio harmônico entre os presos e desenvolver as atividades de ressocialização, emprega um sistema de sanções e recompensas.

Portanto, o reconhecimento da falta grave com a conseqüente imposição da sanção disciplinar, nos termos dos artigos 52 e 118, inciso I, da LEP, não atenta contra o princípio da presunção de inocência, uma vez que não se está condenando o apenado pelo novo fato delituoso. Ocorre que a notícia de que o sentenciado está respondendo a um novo processo criminal pela prática de um fato que a lei define como crime doloso, revela o seu alto grau de desajustamento aos padrões de conduta social, bem como o descaso que possui em relação à disciplina a ser mantida no estabelecimento penal, devendo ser instaurados dois processos: um administrativo e outro penal.

O processo penal terá como objetivo apurar a violação a direitos fundamentais postos em risco pelas condutas tipificadas em lei, devendo o Estado proteger, mediante a instauração da ação penal, não só à vítima, mas toda a comunidade jurídica, interessada na proteção desses direitos<sup>125</sup>. Nessa situação, enquanto não houver sentença transitada em julgado, impõe-se o reconhecimento da situação jurídica de inocente do acusado, devendo as privações

---

<sup>124</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 264.

<sup>125</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 388.

da liberdade antes da sentença final ser “judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal”<sup>126</sup>.

O processo administrativo, por seu turno, funda-se no descumprimento dos deveres impostos pelas normas de execução da pena ao apenado e no descaso deste com a disciplina a ser mantida no estabelecimento prisional, razão pela qual deve ser instaurado um procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta grave cometida, conforme determina o art. 59 da LEP. Esse procedimento é pautado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, em obediência ao art. 5.º, inciso LV, da CF, tendo o apenado o direito de ser ouvido e produzir as provas que entende necessárias para a sua defesa antes de qualquer decisão que altere a forma de execução da pena.

Assim, o reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, tendo em vista que não se está condenando o apenado pela possível tipificação penal objeto de inquérito ou ação penal, mas se está aplicando uma sanção no âmbito administrativo pelo envolvimento do sentenciado em fato que a lei define como crime doloso, sendo-lhe assegurado o direito de defesa no procedimento administrativo disciplinar.

Há independência e autonomia entre os processos instaurados no âmbito administrativo e penal, não sendo adequado impingir ao processo administrativo princípio constitucional específico do processo penal.

Conforme observado anteriormente, dada a independência e autonomia dos processos que correm no âmbito penal e administrativo, não há qualquer incompatibilidade que demande uma interpretação conforme a constituição dos arts. 52 e 118, inciso I, da LEP. Não podem referidas normas serem afastadas somente porque o intérprete não concorda com a consequência prevista na sua hipótese, caso contrário, as regras infraconstitucionais seriam tratadas como meros conselhos, cabendo ao intérprete passar ao plano constitucional para fazer a ponderação de princípios que serviriam de fundamento para o caso concreto.

Entretanto, esse método de aplicação do direito, baseado na prevalência dos princípios sobre as regras, na ponderação das normas como critério geral de aplicação do ordenamento

---

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 432.

jurídico e na preponderância do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo, não corresponde ao modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outro grande problema dessa ampliação dos direitos individuais é que a mediação jurídica entre o indivíduo e o Estado e entre os próprios indivíduos passaria a ser dada somente pelos seus direitos fundamentais e não pela lei. Se assim fosse, então as condições de convivência seriam dependentes somente de direitos naturais, como se fosse algo inerente ao ser humano. Voltaríamos, por sua vez, ao estado de natureza definido por Hobbes em que não há uma limitação de direitos e todos são iguais no esforço de satisfazer seus desejos, criando uma situação violenta onde todos estão contra todos.

Daí que surge a importância do legislador ao estabelecer regras ditando o que é “permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos”<sup>127</sup>, a fim de evitar o terror da execução imediata e automática de princípios.

Portanto, vislumbrando os objetivos da execução penal de, inicialmente, retribuir na medida justa ao injusto praticado e de inculcar valores ético-sociais ao sentenciado para que compreenda o caráter reintegrador da pena<sup>128</sup>, seria, no mínimo, incoerente permitir que aquele que pratica um novo fato definido como crime doloso durante o cumprimento da pena, situação de gravidade incontestável, mantenha-se no gozo dos benefícios adquiridos ao longo da execução e não lhe seja aplicada qualquer sanção disciplinar, enquanto outro sentenciado que incorra em qualquer das faltas graves previstas no art. 50 da LEP tenha a falta apurada através do procedimento administrativo disciplinar e as sanções cabíveis aplicadas.

Gerar-se-ia aqui, na tentativa de centrar a interpretação nos princípios constitucionais, uma violação de outros três princípios constitucionais fundamentais: o princípio democrático, o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Esse posicionamento da corrente que parte da ponderação dos princípios constitucionais para a resolução das situações

---

<sup>127</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 4. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

<sup>128</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

previstas em lei, portanto, acaba conduzindo a um paradoxo, uma vez que se obedece em parte a Constituição violando-a no restante<sup>129</sup>.

Em suma, tendo em vista a natureza complexa da execução penal, em que há uma separação de competências entre o Poder Executivo e o Judiciário para realização do fim proposto pela sanção, e sendo a apuração da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso realizada mediante a instauração de processo administrativo disciplinar, distinto do processo penal que irá verificar a suposta lesão causada a um bem jurídico caro à sociedade, inaplicável o princípio da presunção de inocência para dar interpretação diversa às normas dispostas na Lei de Execução Penal.

### 3.2 *Fundamentos baseados na interpretação literal da lei*

A corrente que toma as condutas estabelecidas pela lei e as coteja com os fins previstos nas normas constitucionais, no que tange ao reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal, parte de uma interpretação literal dos arts. 52 e 118, inciso I, da LEP para aplicação da falta grave e seus consectários legais.

Nesse sentido, defende Mirabete:

Não se referindo a lei à ‘condenação’, mas à ‘prática de fato previsto como crime’, a aplicação da sanção disciplinar independe de que o fato esteja ainda sendo objeto de inquérito ou ação penal, devendo apenas ser obedecidos a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar para que a sanção seja imposta. É expressa a lei no sentido de que, havendo a prática de crime, devem ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sanções das duas espécies. Não se trata, evidentemente, de violar o princípio non bis in idem, pois de acordo com a melhor doutrina, constituem-se infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito pena e de execução penal), como aliás ocorre também com a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulta prejuízo. O condenado, aliás, em decorrência do mesmo princípio, pode

---

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 8. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

também ser sujeitado à sanção civil pelos eventuais danos causados em decorrência de falta disciplinar.<sup>130</sup>

Assim, como os artigos anteriormente mencionados determinam que a falta grave será reconhecida caso tenha o sentenciado praticado “fato definido como crime doloso”, a LEP estabeleceu uma distinção entre fato definido como crime doloso e crime propriamente dito.

Nessa senda, é importante elucidar o significado do substantivo “fato” para melhor compreensão dessa interpretação dada, o qual, segundo o dicionário Aurélio, é:

**Fato**<sup>1</sup>. [Do lat. Factu] **S.m. 1.** Coisa ou ação feita; sucesso, caso, acontecimento, feito.<sup>131</sup>

Portanto, “praticar fato definido como crime doloso” exprime a idéia de que a mera notícia do apenado estar envolvido em um caso tipificado ao âmbito penal como crime e ainda figurar como autor do delito doloso seria suficiente para a caracterização da falta grave.

Com o fim de esclarecer a posição do legislador ao enquadrar a hipótese em análise como falta grave, pode-se cotejar o reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso com as penas de interdição temporárias de direito.

As espécies de penas de interdição temporária de direitos são aquelas dispostas no art. 47 do Código Penal<sup>132</sup>, e possuem como fim prevalente a prevenção especial do delito, uma vez que, ao atingir o indivíduo em “sua dignidade jurídica, isto é, na soma de poderes, direitos, titularidade, de que frui na vida social”<sup>133</sup>, se busca que o condenado tenha a oportunidade de “reflexão sobre a infração cometida, reencontro com o senso de responsabilidade e preparação para a reassunção da função ou profissão”<sup>134</sup>. Em suma, a interdição temporária de direitos busca a reinserção profissional e social do sentenciado para aqueles delitos de pequeno e médio potencial ofensivo.

<sup>130</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 148-149.

<sup>131</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 877.

<sup>132</sup> Assim dispõe o artigo mencionado: “Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são: I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de frequentar determinados lugares.”

<sup>133</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 82.

<sup>134</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 86.

Caso essas penas sejam descumpridas durante a execução, caberá à autoridade administrativa a comunicação imediata ao juiz da execução (art. 155 da LEP), para que este, verificando o descumprimento injustificado da restrição, converta a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4.º, do CP.

O mesmo ocorre nas penas restritivas de direito com o reconhecimento das faltas disciplinares. Tendo por fim a convivência pacífica entre as pessoas na prisão, a adequada individualização da pena e a promoção de condições que estimulem as funções éticas e utilitárias da pena para futura reinserção social do condenado<sup>135</sup>, o Estado estabelece normas disciplinares.

O desrespeito a essas regras representa um rompimento com a disciplina prisional e com o programa de reeducação social, devendo referida atitude ser desestimulada através da aplicação de sanções expressamente previstas em lei, dentre as quais está a possibilidade do apenado regredir de um regime mais brando para o regime mais rigoroso nas hipóteses do art. 118 da LEP.

Nesse sentido, a prática de fato definido como crime doloso representa uma atitude grave frente aos objetivos propostos pela LEP, cabendo à autoridade administrativa a imediata repreensão de referido ato com a instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo garantido ao preso a ampla defesa e o contraditório. Esclarecem-se, assim, os motivos pelos quais o legislador não exigiu o trânsito em julgado da sentença condenatória, bastando, por conseguinte, que o fato praticado se amolde a um dos tipos dolosos descritos pela lei penal<sup>136</sup>. Entendimento contrário estaria desconsiderando a finalidade a que se dirige a Lei de Execuções Penais.

Esse entendimento sustentado pela corrente formalista encontra respaldo nas decisões dos tribunais superiores, conforme sinalizam os seguintes precedentes:

As hipóteses enumeradas taxativamente no inciso I do art. 118 da LEP possuem natureza jurídica de sanção. Essa sanção tem cunho administrativo, uma vez que são aplicadas em decorrência do exercício do controle estatal sobre pessoa já definitivamente condenada ou, quando muito e que não é o

---

<sup>135</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 133.

<sup>136</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 88.

caso dos autos, de pessoa recolhida sob a premissa da instrumentalidade da prisão.<sup>137</sup>

Com efeito, a prática de crime doloso pelo apenado, no curso da execução, configura falta disciplinar de natureza grave e, neste caso, independe de que o fato esteja sendo objeto de inquérito ou ação penal, já que a caracterização da falta grave independe do trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do art.52 da LEP.<sup>138</sup>

Ao que se extrai da letra mesma da lei, ao condenado que incide nas disposições dos incisos I e II do artigo 118 da Lei nº 7.210/84 é imposta a regressão ao regime de cumprimento de pena mais gravoso, não havendo falar em violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a permanência do apenado em regime menos rigoroso implica, à evidência, o cumprimento das condições impostas, dentre as quais, as restrições de não praticar fato definido como crime doloso ou mesmo falta grave. Não há exigir, em casos tais, trânsito em julgado da condenação pela nova infração, na exata razão de que reduziria a um nada a efetividade do processo de execução, exigindo-se, por isso mesmo, um quanto de certeza suficiente quanto ao crime e sua autoria, bem certificada pelo recebimento da denúncia.<sup>139</sup>

Assim, sendo o condenado apontado como autor de delito doloso em nova ação penal, circunstância verificada pelo recebimento da denúncia, deverá ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta disciplinar de natureza grave (art. 52 da LEP), sendo assegurado ao preso o direito de defesa. Encerrado o procedimento disciplinar, a autoridade administrativa decidirá pelo reconhecimento ou não da falta disciplinar e remeterá o procedimento ao juiz para que seja homologado, bem como para que este decida sobre a perda dos dias remidos (art. 127 da LEP) e sobre a regressão do regime de cumprimento de pena (art. 118, inciso I, da LEP).

Tal entendimento faz emergir a seguinte questão: que medidas devem ser tomadas caso o condenado, que fora punido administrativamente em face do cometimento de fato definido como crime doloso, seja absolvido em juízo da acusação de ter praticado aquele ilícito penal?

---

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n. 93.782/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 16/09/2008. No mesmo sentido, os precedentes do Supremo Tribunal Federal: Segunda Turma, *Habeas Corpus* n. 97.218/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, 12/05/2009; Primeira Turma, *Habeas Corpus* n. 96.366/RS, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 27/02/2009.

<sup>138</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n. 151.379/RS, Relator Ministro Felix Fischer, 18/03/2010. No mesmo sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Quinta Turma, *Habeas Corpus* n. 135.060/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 17/11/2009; Quinta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 984.654/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 21/05/2009; Sexta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 987.541/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, 18/11/2008.

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma, Recurso Especial n. 564.971/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 07/10/2004.

A partir desse questionamento, dois posicionamentos surgem dentro da corrente em análise.

O primeiro posicionamento, aqui traduzido no pensamento de Sídio Rosa de Mesquita Júnior, entende que, devido à autonomia do procedimento administrativo e do processo penal, não interfere o processo que tramita no juízo criminal na sanção aplicada no âmbito administrativo, mesmo quando o apenado é absolvido do delito imputado na denúncia. O citado autor assim expressa o seu posicionamento:

Entendemos que a decisão penal não poderá prejudicar o decisum administrativo. Neste, a flexibilidade das decisões é muito maior, pois na processualidade administrativa é informal. Não bastasse, o administrador poderá valer-se de seu poder discricionário.<sup>140</sup>

Todavia, referida opinião acabaria por se desvirtuar dos fins da pena, porquanto se estaria exercendo o poder disciplinar além dos limites da humanidade e rigidez estabelecidos pelas normas disciplinares. Uma possível consequência no estabelecimento de normas disciplinares excessivamente rígidas e desumanas é origem de outros males, “como revoltas, motins e desordens”, conforme aponta Mirabete<sup>141</sup>.

Assim, o regime disciplinar deve ser pautado pelo equilíbrio entre as sanções impostas e as recompensas, não podendo o Estado, em nome da ordem e da disciplina, impor maiores restrições que as necessárias para manter a segurança, a boa organização da vida comum<sup>142</sup> e para desenvolver o processo de ressocialização, de maneira que devem ser revisadas as sanções decretadas pelo juiz, tais como a regressão de regime e a perda dos dias remidos, caso seja o apenado absolvido pela suposta prática do ilícito penal.

Esse é o posicionamento defendido por Jorge Vicente Silva:

No caso do condenado que teve regredido seu regime face o cometimento de novo crime, se não for ele denunciado ou se for absolvido da acusação da prática daquele ilícito penal, terá direito a ver restabelecido o regime anterior.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 247.

<sup>141</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 133.

<sup>142</sup> Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU n. 27.

<sup>143</sup> SILVA, Jorge Vicente. *Execução penal*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 31.

Cabe fazer a ressalva de que a revisão das sanções disciplinares, na hipótese de absolvição do condenado no processo penal, diz respeito somente àquelas sanções que extravasam a esfera da administração e são aplicadas pelo juiz da execução.

Esse entendimento defendido por Jorge Vicente Silva está presente em outros dispositivos da LEP, conforme se verifica no art. 125, parágrafo único, e art. 145.

O art. 125 da LEP determina a revogação automática do benefício de saída temporária quando o condenado praticar fato definido como crime doloso. Contudo, caso seja o preso absolvido no processo penal, poderá recuperar o direito à saída temporária. Aqui se verifica mais uma vez que o legislador não entendeu como necessária a condenação para a aplicação de uma sanção no âmbito da execução da pena, tendo, ademais, determinado que a recuperação do benefício se dará pela absolvição do preso no processo penal respectivo.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Mirabete:

Esse dispositivo reforça o entendimento de que, para a revogação, não é necessária a condenação do preso, mas a simples notícia da ocorrência a respeito da prática, por ele, de fato que configura crime doloso.<sup>144</sup>

O art. 145 da LEP, por sua vez, trata da suspensão do livramento condicional caso seja praticada pelo liberado outra infração penal, condicionando a revogação do benefício à decisão final no processo penal. Portanto, praticando nova infração no cumprimento do livramento condicional, o apenado tem o benefício suspenso e volta a cumprir a pena privativa de liberdade no regime em que se encontrava antes da concessão do livramento.

De acordo com Mirabete:

Entretanto, quando se tem notícia de que o liberado praticou um crime ou contravenção, é possível que as circunstâncias indiquem a necessidade de ser suspenso imediatamente o curso do benefício. Diante da gravidade do fato noticiado ou das circunstâncias que cercaram a participação do liberado, pode-se concluir que o liberado não está em condições de integrar-se socialmente. Assim, sendo o liberado indiciado em inquérito policial ou apontado como autor de infração penal em processo sumário, poderá o juiz ordenar a sua prisão imediata.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 516.

<sup>145</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 597.

Dessa forma, seguindo a opção legislativa de restabelecer os benefícios e afastar as sanções disciplinares com a notícia superveniente de absolvição no processo penal, deve essa mesma absolvição interferir nas sanções disciplinares impostas pelo juiz da execução em virtude da prática de fato definido como crime doloso.

Observe-se que o juiz da execução tem sua atuação justificada pela cláusula *rebus sic stantibus* contida na sentença condenatória penal, sendo esta passível de revisão sempre que haja modificação nas circunstâncias fáticas<sup>146</sup>. Diante disso, quando o juiz homologa a falta grave pelo fato definido como crime doloso praticado pelo apenado no curso da execução ou quando restabelece os benefícios anteriormente adquiridos por esse em virtude da absolvição no processo penal, estaria adequando o cumprimento da pena à realidade do condenado, a qual sofre constante transformação ao longo da execução.

Portanto, a prática de fato definido como crime doloso não necessita do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória para o reconhecimento da falta de natureza grave, a teor do que estabelece o art. 52 e art. 118, inciso I, da LEP, devendo ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta disciplinar, bem como ser ouvido o condenado como garantia do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>146</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 266.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar o reconhecimento da prática de novo crime doloso durante a execução da pena como uma das espécies de falta grave, assim como o debate que referida questão suscitou na doutrina e na jurisprudência.

O ponto de partida da análise realizada foi a constatação de que o sistema de execução penal, mediante a efetivação da sanção cominada em abstrato pela sentença penal, objetiva a reprovação e a prevenção dos delitos. A adoção desse sistema misto está consagrada no art. 1.º da LEP, sendo a ressocialização do preso o ponto sob o qual está amparada grande parte da execução da pena.

Esse fim específico de reintegração social do apenado é propiciado pelo Estado, o qual estabelece com o condenado uma relação jurídica-material, incumbindo a ambos uma série de direitos e deveres.

Assim, verificou-se que o principal dever do Estado é garantir o pleno exercício dos direitos do preso não restringidos pela sentença e previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Como consequência, a execução penal possui princípios que lhe são peculiares, em especial os direitos que contemplam a dignidade do preso e a humanização da pena, os quais orientam a atuação estatal durante a execução.

No que concerne aos deveres do sentenciado, constatou-se que este está obrigado a submeter-se às normas de execução, possuindo o Estado o direito de exigir seu cumprimento, bem como empregar os meios coercitivos e disciplinares necessários à defesa da ordem dos estabelecimentos prisionais. A violação desses deveres acarreta a instauração de procedimentos disciplinares para apuração das faltas cometidas e a consequente aplicação das

sanções previstas em lei, a fim de manter o convívio pacífico entre os presos e desenvolver adequadamente as atividades ressocializadoras.

Denota-se, com isso, que a atuação estatal, no âmbito da execução, guarda estrita relação com aspectos de direito penal, devido à relação entre sanção e *ius puniendi*; processo penal, em razão do título executivo; e direito administrativo, no que tange a expiação da pena. Por esse viés, é de se concluir que a execução penal encerra em sua essência tanto atividades jurisdicionais, marcadas pela imparcialidade no cumprimento da vontade da lei contida na sentença condenatória e pela sobreposição da vontade normativa às vontades das partes ou interessados, quanto atividades meramente administrativas, as quais teriam seu foco na expiação da pena, na vida penitenciária do condenado, na sua vigilância, observação cautelar e proteção.

Estabelecidos os conceitos e análises preliminares partiu-se para o exame da norma contida no art. 52, primeira parte, da LEP, a qual descreve como sendo uma das espécies de falta grave a prática de fato definido como crime doloso durante o cumprimento da pena, matéria controvertida, gerando diversos debates na doutrina e na jurisprudência.

A primeira corrente teórica examinada parte da ponderação de princípios constitucionais para a resolução das hipóteses legais. Essa corrente afirma que o reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso seria inconstitucional, devendo ser feita uma interpretação conforme a Constituição do art. 52, primeira parte, e do art. 118, inciso I, ambos da LEP.

A inconstitucionalidade dos artigos da LEP estaria fundada na violação das garantias processuais da presunção de inocência (art. 5.º, inciso LVII, da CF), do devido processo legal (art. 5.º, inciso LIV, da CF), da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, inciso LV, da CF).

Todavia, tendo em vista a natureza complexa da execução penal, em que há uma separação de competências entre o Poder Executivo e o Judiciário para realização do fim proposto pela sanção, e sendo a apuração da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso realizada mediante a instauração de processo administrativo disciplinar, distinto do processo penal que irá verificar a suposta lesão causada a um bem jurídico caro à sociedade, inaplicável o princípio da presunção de inocência para dar interpretação diversa às normas dispostas na Lei de Execução Penal.

Quanto aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, esses estão amplamente garantidos na LEP, porquanto o condenado que figura como autor de delito doloso em nova ação penal, circunstância verificada pelo recebimento da denúncia, terá instaurado contra si o procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta de natureza grave (art. 52 da LEP), momento em que será ouvido o apenado e oportunizada a produção de provas em sua defesa. Portanto, dentro desse procedimento já está encerrado todos os fins objetivados pelos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer violação a eles.

Em decorrência disso, conclui-se que a interpretação centrada nos princípios constitucionais, desconsiderando as regras estabelecidas pelo legislador infraconstitucional, gera a violação de outros três princípios constitucionais fundamentais: o princípio democrático, o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Por via de consequência, constata-se aqui o paradoxo de obediência parcial à Constituição violando-a no restante.

A segunda corrente teórica, que toma as condutas estabelecidas pela lei e as coteja com os fins previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, detém a interpretação mais adequada ao sistema jurídico brasileiro no que tange ao reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso.

Assim, mediante a leitura do art. 52, primeira parte, e do art. 118, inciso I, da LEP resta demonstrado que o legislador não exigiu o trânsito em julgado de sentença condenatória, bastando, por conseguinte, que o fato praticado se amolde a um dos tipos dolosos descritos pela lei penal. Referida opção do legislador decorre da gravidade da atitude do preso frente aos objetivos da LEP, cabendo à autoridade administrativa a imediata repreensão de referido ato com a instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Ainda, analisaram-se as medidas adequadas a serem tomadas na hipótese do condenado que fora punido administrativamente em face do cometimento de fato definido como crime doloso, seja absolvido em juízo da acusação de ter praticado aquele ilícito. Tendo em vista que o regime disciplinar deve ser pautado pelo equilíbrio entre as sanções impostas e as recompensas, não sendo facultado ao Estado impor maiores restrições que as necessárias para manter a segurança, a boa organização da vida comum e o adequado desenvolvimento do

processo de ressocialização, devem ser as sanções impostas ao condenado revisadas caso o apenado seja absolvido pela suposta prática do ilícito penal.

Portanto, a prática de fato definido como crime doloso não necessita do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória para o reconhecimento da falta de natureza grave, a teor do que estabelecem as normas dispostas na LEP, devendo ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar para apuração da falta disciplinar, bem como ser ouvido o condenado como garantia do contraditório e da ampla defesa. A obediência a essas normas garante o cumprimento do fim proposto pelo legislador na execução da pena e colabora para a concepção do direito como um todo completo, consistente e coerente, aprimorando e conservando o bem comum.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 de agosto de 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n. 151.379/RS, Relator Ministro Felix Fischer, 18/03/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Quinta Turma, *Habeas Corpus* n. 135.060/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 17/11/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Quinta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 984.654/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, 21/05/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sexta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 987.541/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, 18/11/2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sexta Turma, Recurso Especial n. 564.971/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 07/10/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, *Habeas Corpus* n. 97.218/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, 12/05/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n. 96.366/RS, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 27/02/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Primeira Turma, *Habeas Corpus* n. 93.782/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 16/09/2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 434.059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 07/05/2008.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Reflexos Relevantes de um Processo Penal Jurisdicionalizado*. Revista Justitia, São Paulo, v. 56, n. 166, p. 32-48, abr./jun. 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-1984*, 11<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal: parte geral*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal, Embargos de Declaração n. 70037032836, Relator Aramis Nassif, 25/08/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sexta Câmara Criminal, Agravo em Execução n. 70035578079, Relator Mario Rocha Lopes Filho, 10/06/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sexta Câmara Criminal, Agravo em Execução n. 70025079013, Relator Marco Antônio Bandeira Scapini, 21/08/2008.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHROEDER, Simone. *Regressão de regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica*. In: *Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, Jorge Vicente. *Execução penal*. Curitiba: Juruá, 1997.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. *Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 13-25, jan./jun. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.